

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

LA
PROPRIÉTÉ DE LA PROVISION
EN MATIÈRE DE
LETTRE DE CHANGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

le Jeudi 22 mai 1930, à 3 heures du soir,

PAR

J. FRANÇOIS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

1930



FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

LA
PROPRIÉTÉ DE LA PROVISION

EN MATIÈRE DE
LETTRE DE CHANGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

le Jeudi 22 mai 1930, à 3 heures du soir,

PAR

J. FRANÇOIS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22 Rue Soufflot, PARIS, 5^e

1930

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

PROFESSEURS HONORAIRES :

MM. SAUVAIRE-JOURDAN, * I.; BARDE, *, * I.; LESCURE, * I., †;
DE BOECK, *, * I.; NOAILLES, * A.

MM. FERRON, *, * I., *Doyen*, professeur de *Droit commercial*.

BENZACAR, * I., professeur d'*Economie politique*.

FERRADOU, * I., *Assesseur du Doyen*, professeur d'*Histoire du droit* et chargé d'un cours d'*Histoire du droit privé* et d'un cours d'*Histoire du droit public* (Diplômes d'études supérieures).

MARIA, * I., professeur de *Droit romain*.

MARGAT, * I., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit international privé* (Licence).

BONNECASE, * I., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit maritime* (3^e année).

PALMADE, * A., †, professeur de *Droit civil*.

VIZIOZ, * A., professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit civil comparé* (Diplôme d'études supérieures).

BONNARD, * I., †, professeur de *Droit administratif* et chargé d'un cours de *Droit constitutionnel comparé* (Diplôme d'études supérieures).

POPLAWSKI, * I., professeur de *Droit criminel* et chargé d'un cours de *Législation industrielle*.

BOYÉ, * A., †, professeur de *Droit romain*.

MOUNIER, * A., professeur d'*Economie politique*, chargé d'un cours d'*Histoire des doctrines économiques* (Diplôme d'études supérieures).

BIBIÉ, *, †, professeur de *Droit international public*.

RÉGLADE, professeur de *Droit constitutionnel et administratif*.

GARRIGOU-LAGRANGE, agrégé, chargé d'un cours de *Législation financière* (3^e année), d'un cours d'*Economie politique* (Diplôme d'études supérieures) et d'un cours de *Législation coloniale* (3^e année).

LABORDE-LACOSTE, * A., professeur à la Faculté de droit d'Aix, chargé d'un cours de *Droit civil* (Licence), des cours de *Droit civil* (Capacité) et d'un cours d'*Enregistrement*.

HUBRECHT, chargé de cours (*Droit romain*).

ROUSSEAU, chargé de cours (*Droit public*).

M. BEAUDUN, * I., *Secrétaire*.

M^{me} COSTES, *Secrétaire adjointe*.

M. SALINGARDES, * I., *Bibliothécaire*.

COMMISSION DE LA THÈSE

MM. FERRON, doyen *Président*.

BONNECASE, professeur
VIZIOZ, professeur } *Suffragants*.



« ... IN UNIVERSUM ESSE MATERIAM CAMBII
ABSTRUSISSIMAM, INTRICATISSIMAM ET DOCTORUM
OPINIONIBUS PLURIMUM OFFUSCATAM... NAM JURE-
CONSULTI ET THEOLOGI... VOLENTES SOLVERE
NODUM, CUJUS LIGAMEN IGNORARUNT, QUO MAGIS
DISSOLVERE NIXI SUNT, EO MAGIS STRINXERUNT,
VEL NODOS MULTIPLICARUNT... ET NE FORSAN
NIMIA RERUM MOLE, AUT CONFUSIONE LECTORUM
INGENIA PRIUS OBTUANTUR, AUT DEFATIGENTUR,
QUAM QUAE SCRIPTURI SUMUS, INTELLIGERE VALEANT,
METHODO THESEI SINUOSISSIMUM HUNC LABYRIN-
THUM INGREDIEMUR... UT MATERIAM, QUAE OMNIUM
JUDICIO EST VALDE INTRICATA, OBSCURA ET DIFFI-
CILIS, NOS, SI DEI BENIGNITAS LARGIATUR... FACI-
LEM, QUANTUM IN NOBIS EST REDDAMUS... »

SCACCIA. — *Tractatus de Commerciis et*
Cambio, § I, Quaestio II, n. 19, 20, 27

LA
PROPRIÉTÉ DE LA PROVISION
EN MATIÈRE DE LETTRE DE CHANGE

INTRODUCTION

La propriété de la provision en matière de lettre de change donne lieu depuis longtemps à de nombreuses discussions sans que l'accord ait pu se réaliser entre les jurisconsultes.

Aux polémiques ardentes succèdent des trêves plus ou moins longues qui prennent fin à leur tour le jour où une nouvelle opinion vient rallumer la guerre des esprits. Peu de sujets ont exercé davantage la science et la sagacité des auteurs; l'un d'eux a même parlé de *byzantinisme* à propos de ces disputes juridiques d'où la subtilité n'est pas toujours absente (1).

S'il n'y avait là cependant qu'une question d'Ecole, sans utilité immédiate, son étude, aussi intéressante qu'elle pût être, ne pourrait séduire que quelques spécialistes. Mais, bien loin de là, la propriété de la provision présente un inté-

(1) Fontaine, *Etudes sur la lettre de change (première étude)*, p. 7.

rêt essentiellement pratique. Les problèmes qu'elle soulève ont une importance capitale pour la vie des affaires et les discussions qu'ils provoquent ne retentissent pas seulement dans les écoles de Droit, mais franchissent encore le seuil des prétoires : il ne se passe pas de jour où des milliers de commerçants n'appliquent les règles qui gouvernent l'attribution de la provision.

Une période de calme semblait avoir semé l'oubli. Certes, la division régnait encore au sein de la doctrine, mais la jurisprudence avait adopté un système tout prétorien qui donnait satisfaction au commerce, lorsque le législateur, désireux de consacrer le système jurisprudentiel, décida d'intervenir. Le 8 février 1922, une loi de quelques articles vint rajeunir notre Code de commerce, et, destin cruel, cette loi, qui devait clore définitivement l'ère des difficultés, eut le triste privilège de manquer son but.

En effet, le principe de la transmission de droit de la propriété de la provision aux porteurs successifs de la lettre de change, formulé dans l'article 4 de la loi de 1922, généralise d'une manière imparfaite la solution adoptée par la jurisprudence dans quelques cas particuliers. De là des conflits qu'il importe de résoudre.

Il n'en fallut pas davantage pour nous décider à entreprendre une étude complète de la propriété de la provision. Certes, nous n'ignorons pas que la tâche est ardue, mais elle nous a paru s'imposer, car certains aspects du problème ont échappé aux nombreux auteurs qui ont écrit sur la matière et d'importantes questions demeurent encore sans solution.

Puissent les aperçus que nous donnerons contribuer à éclairer la théorie de la propriété de la provision et faciliter la solution des discussions qu'elle provoque.

Le sujet soulève des difficultés multiples. Nous avons tenu à signaler les principales dans les pages qui vont suivre afin de rendre plus évident l'intérêt de ce travail.

Tout d'abord on ne saurait aborder l'étude de la propriété de la provision de la lettre de change sans déterminer avant tout ce qu'est la *provision*. La provision n'est pas, en effet, une de ces catégories juridiques dont la définition, scrupuleusement établie par les jurisconsultes du passé, a été pieusement recueillie par les générations suivantes.

Les institutions civiles ont attiré, depuis des siècles, l'attention des hommes de loi. Des compilations minutieuses ont transmis à la postérité des théories devenues classiques. Mais il ne pouvait en être de même pour les institutions commerciales. Nées de la vie des affaires, assouplies aux nécessités diverses de la pratique, variables suivant les temps et les lieux, les coutumes commerciales n'ont été fixées par écrit qu'à une période relativement récente. Encore le législateur commercial n'est-il intervenu la plupart du temps que pour statuer sur les points particulièrement importants ou controversés. Ceci explique peut-être pourquoi la provision n'a jamais été directement définie.

Faute de définition légale, il est nécessaire d'étudier le mécanisme de la lettre de change pour dégager une notion exacte de la provision. Or, le rôle de la lettre de change s'est modifié profondément au cours des siècles. Simple instrument d'exécution du contrat de change à l'origine, la lettre de change ne tarda pas à devenir instrument de crédit grâce au jeu de la clause à ordre, puis instrument de paiement.

Ces modifications ont eu leur répercussion directe sur la provision et c'est pour les avoir méconnues que les juristes émettent aujourd'hui des opinions diverses sur la nature même de la provision, certains l'assimilant à une som-

me d'argent, d'autres à des valeurs ou marchandises, d'autres enfin à la créance du tireur sur le tiré.

On conçoit aisément qu'il soit nécessaire de choisir parmi ces définitions.

La provision définie, il importe d'apporter des précisions supplémentaires pour la distinguer de certains éléments avec lesquels on la confond souvent. *Provision, couverture, somme à payer et valeur fournie* sont souvent pris l'un pour l'autre et cette confusion ne peut avoir pour résultat que de créer de nouvelles complications.

Ces distinctions faites, il faut rechercher comment s'est posé le problème de l'attribution de la provision.

Pendant longtemps, la lettre de change a fonctionné sans qu'il fût question de reconnaître au porteur un droit quelconque sur la provision. Mais un jour vint où les tribunaux consulaires, plus que tous autres avides de sécurité pour le commerce, imaginèrent de considérer le porteur comme propriétaire de la provision, dans le but de lui permettre d'échapper à la loi du concours dans la faillite du tireur, celle-ci survenant avant l'échéance de la lettre de change et avant son acceptation par le tiré.

Mais ce droit sur la provision, reconnu au porteur par la jurisprudence d'abord, par le législateur ensuite, va devenir la cause de multiples difficultés. Indiquons-en quelques-unes : quand y aura-t-il véritablement provision acquise au porteur ? Le tiré, créancier du tireur au moment de l'émission de la traite et qui devient son débiteur avant l'échéance, ou le tiré, débiteur du tireur au moment de l'émission de la lettre de change et qui devient ultérieurement son créancier, pourra-t-il invoquer la compensation contre le porteur dont le droit sur la provision se trouvera désormais sans objet ? Dans le cas où la provision repose sur des marchandises destinées par le tireur au tiré, la simple

individualisation de ces marchandises sera-t-elle suffisante pour donner naissance à la provision ? Si le tiré refuse ces marchandises, ce refus aura-t-il pour effet d'anéantir la provision au détriment du porteur ? Que décider si les marchandises envoyées par le tireur pour la vente ne sont pas vendues à l'échéance ? Pourra-t-on soutenir qu'il y a provision ?

Enfin, comment résoudre les conflits qui peuvent se présenter entre le porteur et le tiré, entre le porteur et les ayants cause du tireur ? Faut-il admettre, d'une part, que le tiré provisionné et non accepteur peut se libérer avant l'échéance entre les mains de son créancier, le tireur, paiement qui réduira à néant le droit du porteur sur la provision, ou décider au contraire que ce paiement n'est pas valable et que le porteur peut obliger le tiré à payer une seconde fois ?

Faut-il, d'autre part, si le tireur cède sa créance contre le tiré à un tiers, donner la préférence au porteur de la lettre de change ou au tiers cessionnaire ?

Si maintenant on veut délimiter l'étendue du droit conféré au porteur sur la provision, il faut examiner si le porteur a droit à la provision constituée par le tireur en période suspecte ; s'il peut prétendre à la propriété d'une provision partielle ou d'une provision réalisée après l'échéance ; si les garanties accessoires attachées à la provision lui sont transmises. Il convient aussi de déterminer le droit du porteur d'une traite de complaisance et les effets de l'ouverture de crédit ou du compte courant sur ce même droit. Enfin, on ne saurait passer sous silence les effets de la faillite du tiré et de la faillite simultanée du tireur et du tiré vis-à-vis du porteur.

Voilà quelques-unes des questions posées par la propriété

de la provision et que la pratique a dû s'efforcer de résoudre.

Par ailleurs, si on quitte le domaine de la pratique, on constate que la justification théorique du droit du porteur est fort difficile sinon impossible à établir. Cela n'a rien de surprenant car le droit du porteur a une origine nettement jurisprudentielle et, par cela même, il s'est développé en marge de l'économie traditionnelle de la lettre de change.

Les théories proposées pour expliquer les rapports juridiques qui prennent naissance entre les diverses personnes intervenant dans la lettre de change aboutissent à des conclusions très différentes sur l'attribution de la provision.

Les uns estiment que la traite renferme un contrat *do ut facias*; il en résulte que l'obligation contractée par le tireur serait une obligation de faire et que dans le cas d'inexécution de cette obligation, le preneur n'aurait contre le tireur qu'une action en dommages-intérêts. Les rapports du tireur et du preneur seraient régis par les règles du mandat et dans aucun cas le porteur de la traite ne saurait prétendre à un droit quelconque sur la provision.

Les autres estiment que la lettre de change contient une délégation par laquelle le tireur délègue le tiré au porteur. Si le tiré accepte cette délégation, il devient débiteur du preneur, mais tant qu'il ne l'a pas acceptée, le tireur peut retirer la provision qu'il a chez le tiré. Dans cette théorie, c'est l'acceptation qui détermine les droits du porteur sur la provision, car s'il n'y a pas eu d'acceptation, il n'y a pas de délégation et par suite il n'y a pas de cession de provision.

Certains voient dans la lettre de change une cession de créance, la créance du tireur sur le tiré, c'est-à-dire la provision, se transmettant aux porteurs successifs de la traite par la voie de l'endossement, comme la lettre de change elle-

même. Il en résulte qu'en toute hypothèse le porteur de la traite a un droit absolu sur la provision. D'autres enfin, considérant la lettre de change comme un acte abstrait valable par lui-même, refusent de connaître la provision qui reste ainsi en dehors de leurs préoccupations.

On constate que, suivant le système adopté, on refuse ou on accorde au porteur un droit sur la provision, ou encore on subordonne ce droit à l'acceptation du tiré.

Il est évident que si des théories aussi diverses ont pu être soutenues, c'est qu'aucune n'est à l'abri de critiques sérieuses. Nous aurons à examiner lesquelles.

Si, abandonnant les controverses suscitées par l'appréciation théorique du mécanisme de la lettre de change, on s'attache à la solution adoptée par le législateur français de 1922, il devient nécessaire de déterminer le sens et la portée de l'expression « propriété de la provision ». Ce ne sont pas en effet les mots qui doivent être pris en considération, mais les réalités juridiques qu'ils recouvrent.

S'agit-il dans l'espèce d'une véritable propriété, le porteur ayant sur la provision les pouvoirs reconnus traditionnellement au propriétaire ?

S'agit-il d'un privilège consacré par une formule inexacte ?

Ne peut-on pas soutenir encore qu'il s'agit d'une garantie spéciale accordée à un créancier jugé digne d'une protection particulière pour des raisons pratiques ? Certes, le législateur aurait pu laisser au porteur de traite, qui jugerait insuffisante la protection du droit de change, le soin de s'assurer lui-même des garanties supplémentaires en recourant au système des sûretés personnelles ou réelles qu'il a établies. Mais le législateur a pensé que la pratique commerciale, éprise de simplicité, de rapidité, hésiterait à compliquer le fonctionnement séculaire de la lettre de change : il a voulu donner à tous les porteurs de traites une garantie

qui fonctionne d'une manière en quelque sorte automatique.

Le droit reconnu au porteur sur la provision et qualifié de *propriété* ne serait en définitive que l'affectation au porteur d'un élément du patrimoine du tireur, soit la créance que possède le tireur sur le tiré.

Mais l'affectation d'un élément déterminé du patrimoine du débiteur à un créancier qui n'est ni privilégié, ni hypothécaire, n'est-elle pas une anomalie, un monstre juridique sans paternité avouable, né dans la vie des affaires et impossible à apparenter ?

C'est là une nouvelle question à résoudre.

Ceci dit, il est permis de se demander si le porteur de la lettre de change mérite la sollicitude qu'on lui a témoignée.

Il semblerait à première vue qu'on n'en puisse douter, en présence des raisons que nous avons exposées pour expliquer la nécessité d'un droit sur la provision en faveur du porteur. Cependant on peut invoquer plusieurs ordres d'arguments contre ce système.

On peut soutenir, tout d'abord, que le cas particulier où le droit du porteur présente son maximum d'intérêt : celui d'une lettre de change non acceptée et non endossée au moment de la faillite du tireur est, somme toute, assez rare dans la pratique en considération de la quantité énorme d'effets de commerce qui circulent. Au surplus, le porteur d'un tel effet est-il bien intéressant et n'a-t-il pas à se reprocher une négligence relative, en n'ayant pas pris la précaution de présenter rapidement sa traite à l'acceptation ou, en cas de refus d'acceptation, en n'ayant pas exigé des garanties du tireur ?

D'ailleurs, pourront dire encore certains praticiens, personne ne s'occupe de la provision dans la vie des affaires, car ce qui détermine un commerçant ou un banquier à prendre un effet de commerce ce n'est pas la provision,

qui bien souvent n'existe pas au moment de la mise en circulation de la traite, mais bien la qualité des signatures qui y sont apposées. Si les signataires d'une lettre de change sont honorablement connus sur la place, personne ne fera de difficulté pour la recevoir, car on aura la quasi-certitude qu'elle sera payée.

Il ne faut pas oublier non plus que la provision n'est pas un élément essentiel de la lettre de change : la loi ne l'impose pas et de nombreuses traites peuvent demeurer sans provision, ce qui réduit d'autant l'effet de la garantie légale accordée au porteur.

Enfin, on ne peut manquer d'invoquer à l'encontre du système français l'exemple de nombreux pays étrangers. L'Allemagne, l'Angleterre, l'Amérique ignorent notamment la transmission de la provision au porteur, sinon la provision elle-même et on doit reconnaître cependant que la lettre de change est largement utilisée dans ces divers pays sans qu'on y signale des inconvénients particuliers. A quel parti s'arrêter ?

Telles sont, esquissées à larges traits, quelques-unes des principales questions qui se posent au sujet de la propriété de la provision. Cette énumération suffit, croyons-nous, à démontrer l'intérêt du problème qui sera étudié dans quatre parties successives, suivies d'une conclusion :

PREMIÈRE PARTIE. — *La notion de provision. — Son évolution. — Sa nature juridique.*

DEUXIÈME PARTIE. — *Le problème de l'attribution de la provision.*

TROISIÈME PARTIE. — *Justification théorique du droit du porteur sur la provision.*

QUATRIÈME PARTIE. — *Les diverses solutions légales du problème de l'attribution de la provision.*

PREMIÈRE PARTIE

LA NOTION DE PROVISION SON ÉVOLUTION — SA NATURE JURIDIQUE

La plupart des auteurs prennent comme point de départ de leurs études sur la provision le Code de commerce; bien peu remontent jusqu'à l'Ordonnance de 1673, et aucun, à notre connaissance, ne paraît avoir étudié la provision antérieurement à la Grande Ordonnance de Louis XIV.

C'est dans l'article XVI du titre V de l'Ordonnance de mars 1673 que le législateur français paraît avoir employé pour la première fois le mot *provision*. Mais auparavant, les anciens commercialistes italiens, Scaccia, Straccha, Raphaël de Turri, avaient usé du même terme.

L'absence de définition légale de la provision dans le Code de commerce rend nécessaire une étude historique de cette institution. C'est, selon nous, le seul moyen d'arriver à une détermination exacte de cette notion de provision, détermination indispensable à l'examen de la question de la propriété.

Cette première partie comprendra les divisions suivantes :

CHAPITRE I. — *La provision avant l'Ordonnance de 1673.*

CHAPITRE II. — *La provision dans l'Ordonnance de 1673.*

CHAPITRE III. — *La provision dans le Code de commerce.*

CHAPITRE IV. — *La provision après le Code de commerce.*

CHAPITRE PREMIER

LA PROVISION AVANT L'ORDONNANCE DE 1673

C'est une question très discutée que l'origine de la lettre de change : les opinions les plus diverses ont été soutenues à cette occasion ⁽¹⁾. Mais tout le monde est d'accord pour convenir que la lettre de change a été inventée « pour éviter les frais et les risques des transports d'argent, frais et risques particulièrement considérables à une époque comme celle du Moyen âge, où les communications étaient difficiles et peu sûres » ⁽²⁾. La lettre de change est donc uniquement, à l'origine, l'instrument d'exécution du contrat de change, défini par Pothier « un contrat par lequel je vous donne ou je m'oblige à vous donner une certaine somme en un certain lieu, pour et en échange d'une somme d'argent que vous vous obligez de me faire compter dans un autre lieu » ⁽³⁾.

Le contrat de change participe du contrat de vente; celui qui tire la lettre de change et en reçoit le prix doit posséder ou être en état de verser à l'instant la valeur entre les mains de celui sur qui il assigne le paiement.

(1) Voir notamment Troullier, *Documents pour servir à l'histoire de l'évolution des effets de commerce et notamment de la lettre de change*, p. 5 et s.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 4^e éd., t. IV, p. 13.

(3) Pothier, *Traité du contrat de change*, n^o 2.

C'est précisément cette valeur que le tiré doit posséder en vue du paiement de la traite qui reçoit aujourd'hui dans le langage courant le nom de « *provision* ». Mais contrairement à ce que l'on pourrait penser, il n'en a pas toujours été ainsi.

C'est sous la plume de Scaccia qu'on rencontre pour la première fois une théorie d'ensemble de la provision. Quelle en est la définition ?

« *Respondeo* », écrit le vieil auteur, « *provisionem esse stipendium, seu mercedem, eamque dari quandoque ratione solius laboris, quandoque ratione solius periculi et quandoque ratione utriusque nempe laboris et periculi* » (4). Et si maintenant on parcourt les nombreux développements que l'auteur consacre à la théorie de la provision, on trouve soigneusement indiqué le taux de la provision (1/3 d'écu pour 100), les cas dans lesquels elle est due *ratione laboris* et *ratione periculi* et l'indication qu'elle peut être acceptée « *tuta conscientia* » et « *sine peccato* » parce qu'elle constitue la rémunération d'un service rendu (5).

(4) Scaccia, *Tractatus de Commerciis et Cambio*, § III, Gloss. III, n° 1, p. 411.

(5) Nous reproduisons ci-après les principaux développements consacrés par Scaccia à la théorie de la provision :

1. « *Quaero primo, quid sit ista provisio, et qua ratione debeatur?* »

» *Respondeo, provisionem esse stipendium, seu mercedem, eamque dari quandoque ratione solius laboris, quandoque ratione solius periculi et quandoque ratione utriusque nempe laboris et periculi...* »

2. « *Quaero secundo, ad quid apponantur praefata verba?* »

» *Respondeo, quia non tenetur quis solvere salarium, seu mercedem, nisi ad eam solvendam expresse, vel tacite se obligaverit: dicitur autem tacite se obligare, si haec duo concurrant: primum, si petens salarium probet, se in simili negotium gestione locare operas suas: secundum, si reus conventus sit solitus conducere; alias salarium, si non est expresse conventum, vel haec duo non probantur, non debetur, per ea, quae explicando hanc salarii materiam, late scripsi...*

» *Et licet haec provisio de stylo fori, et consuetudine negotiatorum*

Un exemple, emprunté à Scaccia, permettra de saisir exactement ce qu'est la provision à cette époque :

» deberetur, etiam non conventa, et etiam praedictis non probatis, tamen
» praefata verba, ad tollendam omnem difficultatem, quae in hoc posset
» oriri, utiliter apponerentur. »

3. « Quaero tertio, an ista provisio possit tuta conscientia accipi.

» Respondeo, quod sic, quia datur pro mercede laboris, et dignus est operarius mercede sua, ut secutus sum supra... et ideo posse licite, et sine
» peccato accipi... »

5. « Quaero quarto formaliter, qualis sit iste labor, seu periculum, pro quo debetur provisio, uti laboris merces, seu periculi pretium.

» Respondeo, laborem hunc, et periculum posse considerari in quatuor
» casibus.

» Primus casus est cum compsarius, qui accipit cambio, facit litteras
» cambii campsori, qui dat cambio, solvendo in nundinis procuratori
» ipsius campsoris, qui eidem suo procuratori scribit propterea litteras,
» quas vocant *d'avisio*, in quibus mandat ei, ut exigat cambium illudque
» exactum remittat supra ipse procuratore, et simul ad eum mittit praedictas
» litteras cambii procurator exigit, et remittit : isto casu campsor
» illi propter laborem, et periculum in remittendo debet provisionem...

» Secundus, tertius et quartus casus, in quibus considerantur similiter
» labor, et periculum, sunt illi, quos posui *infra num. 29 in fi. 30 et 32*
» ubi videas. »

11. « Quaero quinto, quanta sit ista provisio?

» Respondeo, esse tantam, quantam laudabilis mercatorum usus approbavit... seu quantam, approbabit sanum peritorum iudicium.

» Usus mercatorum qui servatur in Italia, et servari debet apud omnes,
» qui contrahunt in nundinis, quas Genuenses celebrant in civitate Placentiae, est, ut detur una tertia pars unius scuti marcharum pro singulis
» centenis scuti... et ideo in formula harum litterarum ista quantitas est
» expressa.

» Si tamen aliis in locis, seu apud alios mercatores daretur major, vel
» minor, erit servanda consuetudo eorum...

» Extende primo hunc usum solvendi tertiam partem unius scuti, ut in
» foro exteriori sit vera indistincte, sive cambii debitor sit minus idoneus,
» sive magis idoneus, id est, sive cambium sit periculosum, sive
» non : et ita servatur in praxi sine difficultate, quia esset impossibile
» ponderare minutatim per uncias quantitatem idoneitatum debitorum, per
» ea, quae scripsi etiam *supra*... et consequenter inextricabiles propagarentur
» lites, ad quas evitandas forum exterius tolerat etiam pretia injusta, ut
» declaravi...

» Confirmatur primo haec extensio, quia si ordinarie multum detur pro
» assecuratione (puta 3 in 100) ob magna pericula quae plerumque vel a
» tempestate, vel a piratis imminet, et ego ex astrologia, vel aliunde
» praesciam, non fore tempestatem, vel ex litteris amici non fore piratas,
» aut foro securum comitatum, possum nihilominus pretium ordinarium assecurationis accipere, quia illa obligatio communiter tanti valet : sicut et

Un commerçant génois reçoit en paiement de marchandises vendues une lettre de change payable en foire à

» is, qui, tanquam unus, magnam haberet quarundam mercium copiam,
» quarum valor propter earum in universum inopiam esset magnus, posset
» eas vendere, quanti communiter venduntur ab his, qui eas habent in
» parva quantitate... »

14. « Quaero sexto, an pro unico cambio possit quis accipere plures provisiones, vel unicam tantum.

» Respondeo, constituendo regulam negativam, quod non potest accipere,
» nisi unam tantum, et ratio est evidens, quia si semel laborat, semel debet
» accipere provisionem : et ita practicatur, et si aliter fieret, esset illicitum,
» et qui acciperet, teneretur ad restitutionem, etiam si accepisset ex conventionione... »

29. « Quaero septimo, quanti vendatur periculum pecuniae, seu alterius mercis, hoc est, quid assecuranti alienas pecunias, seu merces, solvi debet; nam reminisci oportet, ejusmodi periculum posse emi, et vendi, ut dixi *supra* qui enim assecurat stat veluti fidejussor mercium et pecuniarum adversus quemcunque casum sinistrum, et quia pro illo periculo accipit pretium, dicitur vendere illud periculum; et dominus pecuniae, alterius mercis assecuratae, quia solvit pretium periculi, dicitur emere illud periculum... et ei, qui fidejubendo, se periculo exponit, deberi periculi pretium, diximus... et haec quaestio venit consecutive ad praecedentem, quia cum in ea fuerit dictum solum, quod debetur una provisio, id est, unum pretium pro periculo in contractu cambii, nunc restat videndum, quanta sit haec provisio, idest pretium : hac reminiscencia praemissa.

» Respondeo, colligendo quatuor species contractus, in quibus contingit, assecurationem periculi scrupulosiorem esse, quam in aliis contractibus.

» Prima species contractus est cambium : et in isto contractu considero quatuor modos, quibus solvitur pretium periculi.

» Primus modus est, quando tertius de campsoris mandato exigit a campsorio debitum cambii, et exactum remittit campsori, periculo ipsius remittentis, juxta ordinem, sibi datum : et dico, quod campsor tertia parte unius scuti emet periculum centum scutorum...

» Secundus modus est e converso, quando tertius de ordine campsarii solvit tractam campsori, seu illius procuratori; et dico pretium seu provisionem esse eandem cum praecedenti, videlicet, tertiam partem scuti pro singulis centenis scutis... quia iste sive solvat de propriis pecuniis, sive de alienis, et contrahit ex iis cambium pro campsario, et utroque modo se campsarii gratia exponit labori et periculo. »

30. « Tertius modus est, quando non tertius, ut in isto praecedenti sed ipsemet campsor per viam novi cambii exigit a seipso, solvitque sibi ipsi de mandato campsarii, cujus denuo remanet creditor, et consequenter repraesentat personam tertii, qui det cambio eidem campsario, et repraesentat personam fidejubentis pro ipso campsario : et ex hac repraesentatione vendit periculum, sicut faceret tertius, qui fidejuberet in hoc enim cambio aliam multiplicem repraesentationem dari ostendimus *infra*... et hujus

Plaisance. Au lieu de se rendre à Plaisance pour recevoir paiement à l'échéance, il envoie la traite à son correspondant sur cette place en le chargeant de l'encaisser pour son compte. Il lui demande en outre de lui faire remise à Gênes, par lettre de change, du montant de cette traite.

Les opérations accomplies par le correspondant donneront lieu à la perception à son profit d'une *provision*, retenue sur le montant de la traite encaissée.

Cette provision sera d'abord due *ratione laboris* pour peines et soins du correspondant et *ratione periculi* pour le risque qu'il court en faisant par traite la remise des fonds à son mandant. Si en effet celui sur qui cette traite aura été tirée ne paie pas à l'échéance, c'est le correspondant qui supportera les charges du non-paiement puisqu'il doit, en toute hypothèse, faire la remise des fonds qu'il a touchés pour le compte d'autrui.

On ne lira pas sans intérêt la formule, donnée par Scaccia, de la *lettre d'avis* par laquelle le commerçant génois indique à son correspondant la mission dont il le charge et l'autorise à prélever sa *provision* de 1/3 pour 100.

« 1614. à 27 Ottobre in Genova.

» Mag. hon. In cotesta fieri di Santi vi rimetto per mio
» conto scudi 101.9. et 9. da Titio per lettera de Pietro, ne
» procurarete accettatione, et pagamento, dandomene cre-

» periculi pretium (quando possit a campsore licite accipi) dico esse simi-
» liter tertiam partem unius scuti pro centenario... »

32. « Quartus modus est, quando aliquis formaliter fidejubet pro camp-
» sario, et hujus periculi fidejussorii pretium dico debere esse idem cum eo,
» de quo in praeced. primo, secundo et tertio, per ea quae dixi *supra*,
» quia nulla viget disparitatis ratio. »

(Scaccia, *op. cit.*, § III, Gloss. III, nos 1, 2, 3, 11, 14, 29, 30, 32, p. 411 à 418.)

» dito, et facendomene rimessa qua per vostra littera, o dal-
» tri sopra di voi, *levandone la vostra provisione d'un terzo*,
» et undecena de gabella. A Dio.

» Francesco

» A Seio Piacenza. » (6).

Seius, le correspondant de François, commerçant à Gênes, avisera son mandant de l'exécution de ses ordres et l'informerà qu'il lui envoie par lettre de change payable à Gênes le montant de la somme encaissée, déduction faite de la provision (7).

Nous concluons maintenant que la provision est un tant pour cent perçu à l'occasion d'opérations cambiales par celui qui les effectue pour le compte d'un tiers. Elle constitue, soit la rémunération de peines et soins, soit une véritable assurance (8).

Si on considère que les opérations de change ont été de bonne heure effectuées pour la plupart par des banquiers, il est permis d'assimiler nettement la *provision* de cette époque à *l'agio* d'aujourd'hui. ♦

(6) Scaccia, *op cit.*, § 1, Quaestio V, nos 76 et 77.

Nous donnons ci-après la traduction latine de la lettre d'avis, publiée à la suite du Traité de Scaccia (p. 509).

« Anno 1614 27 Oct. Genuae

» Magnifice, honorate. In istis nundinis Sanctorum remitto tibi in meum
» computum 101 scut. 9.9 quos à Titio accepi per Petri litteras. Curabis
» illos accipi et numerari, ac mihi credes per litteras tuas, aut alias huc
» remissos. Trahes tamen inde unam provisionem ad tertiam et undecimam
» gabellae. Vale.

» Franciscus

» Seio

» Placentiam. »

(7) Scaccia, *ead. loc.*, n° 81.

(8) Scaccia emploie lui-même le mot *assurance* dans le passage suivant (§ III, Gloss. III, n° 29) : « Respondeo, colligendo quatuor species contractus, » in quibus contingit, *ussecurationem* periculi scrupulosiorem esse, quam » in aliis contractibus. »

Tel est le résultat auquel conduit l'étude de la théorie de la provision dans Scaccia.

Il suffit d'ailleurs de consulter quelques anciens auteurs pour voir retracée d'une manière exacte la théorie de la provision développée ci-dessus :

Raphaël de Turri donne de la provision une définition analogue à celle que nous avons citée (9).

Straccha rapporte des décisions de la rote de Gênes où il est fait mention de la provision (10).

Claude Naulot résout des problèmes pratiques de change où il est amené à calculer le montant de la provision (11).

Marquard et Heineccius assimilent littéralement la provision à l'agio dans deux passages de leurs œuvres (12).

(9) Raphaël de Turri, *Tractatus de cambiis, Disputatio secunda Quaestio prima, Prologomena*, n° 37, p. 111 : « Provisio est tertia pars unius scuti, » pro quolibet centenario; solvitur per debitorem cambii illi, per quem sit » solutio, nomine, vel pro computo ipsiusmet debitoris : est quaedam merces, recompensativa laboris, debita illi qui operam suam adhibet in illo » negotio, complendi tractam, et haec provisio, de natura negotii, debetur » illi, qui tractam complendo, manus dictae negotiationis exercet. Quandoque » etiam provisio datur, pro pretio periculi, per aliquem, qui cum requiratur » a debitore, ut rem gratam sibi faciat, ordinando suo correspondenti, ut » tractam faciendam, seu factam compleat, morem ei gerit. Sed pro periculo » convenit, sibi stipulari provisionem, id est pretium dicti periculi, cum » mandando, se obliget erga mandatarium, quasi fidejuben- » do, et de utraque » loquitur Scaccia licet totam rationem restringat ad pretium periculi, quod » non est verum, cum etiam ratione mercedis simplicis debeatur. »

(10) Straccha, *De mercatura. Decisiones Rotae Genuae, Decisio XVI*, n° 11, et *Dec. XXX*, n° 2.

(11) Claude Naulot, *Nouveau Traité des changes étrangers* (publié à la suite de l'*Art des Lettres de change* de Dupuis de la Serra, t. I des *Œuvres* de Savary), p. 126 à 131.

(12) Marquard, *Tractatus politico-juridicus de jure mercatorum et commerciorum singulari*. Lib. II, Cap. XII, n° 28 : « Cambium reale est, quod » per litteras fit; idque duplici modo : vel enim campsor dat pecuniam, » prius soluturum expectans; vel recipit ipse pecuniam, prius alibi solu- » turus... Posterioris exemplum hujusmodi sit : Noribergae Titio campsori, » a Sejo campsuario Augustano, qui Romae pecunia indigebat dati sunt » 100 ducati : Campsor Noribergensis illi dat suam schedulam, per quam » factor, seu minister campsoris cum certa pecuniae summa, puta 98 ducatis, retentis, loco provisionis, ut vocant, seu *lagii*, quinque, ipsi camp-

Enfin on constate que Pothier, dans son *Traité du contrat de change*, rapportant les usages de son temps, consacre à la provision des développements très explicites :

« Il est d'usage, écrit-il, dans le contrat qui se passe entre le propriétaire de la lettre de change et son mandataire à qui il passe son ordre pour la recevoir, d'accorder à ce mandataire une certaine somme modique, à raison de tant pour cent, afin de le récompenser non seulement du soin qu'il doit prendre d'aller recevoir la lettre à l'échéance, mais aussi, si c'est un banquier, du risque qu'il court des fonds qu'il est obligé d'avoir chez ses correspondants dans les différents lieux, pour y faire, à ceux qui lui en ont passé leur ordre, la remise du montant des lettres de change qu'il a reçues comme mandataire.

» On appelle une *provision* cette somme que l'endosseur propriétaire de la lettre donne à son mandataire à qui il a passé son ordre. Cette provision est un profit très licite du commerce de banque, pourvu qu'elle ne soit pas excessive, c'est-à-dire pourvu que le banquier n'exige pas plus que ce qu'il est d'usage, selon le cours de la place, de recevoir en pareil cas.

» Lorsque celui à qui l'ordre a été passé ne s'est chargé que de recevoir la lettre de change, et d'en tenir compte au lieu de son domicile où il a reçu l'ordre, on peut, même en ce cas, convenir qu'on lui donnera une certaine *provision* pour la récompense de ses peines : mais comme un tel mandat ne l'oblige pas à avoir des fonds hors de chez lui, dont il court le risque, la provision sembleroit devoir

» suario. Romae satisfiat loco 100 quae ipse campsor Noribergae acciperat. »

Heineccius, *Opera* T. 2, *De vitis negotiationis collybisticae vel cambialis* (*Exercitatio* XI, §. XI.)

en ce cas être beaucoup moindre que s'il étoit chargé de remettre les fonds dans un autre lieu.

» Néanmoins, on m'a dit que, dans l'un et dans l'autre cas, il étoit assez d'usage d'accorder une provision semblable qui étoit de demi pour cent. » (13).

Tel est le premier sens du mot *provision*. Il importe d'examiner maintenant si ce sens a été consacré par l'Ordonnance de 1673. Dans le cas contraire, il y aura lieu de préciser le sens nouveau et de rechercher par quelle évolution il s'est substitué à l'ancien.

(13) Pothier, *Traité du contrat de change*, partie I, chap. IV, nos 86 et 87.

A noter que le taux de la provision a légèrement augmenté (1/3 p. 100 au temps de Scaccia, 1 p. 100 au temps de Pothier).

CHAPITRE II

LA PROVISION DANS L'ORDONNANCE DE 1673

La seule disposition de l'Ordonnance du commerce de mars 1673 où il soit question de la provision est l'article XVI du titre V, ainsi conçu :

« Les tireurs ou endosseurs des lettres seront tenus de prouver, en cas de dénégation, que ceux sur qui elles estoient tirées, leur estoient redevables ou avoient *provision* au temps qu'elles ont deu estre protestées; sinon ils seront tenus de les garantir. »

C'est là le premier monument législatif qui, à notre connaissance, emploie le mot *provision*. Quelle est l'hypothèse prévue par l'article XVI ?

C'est le cas où une lettre de change n'a pas été payée à l'échéance par le tiré. Le porteur exerce alors son recours contre les endosseurs et le tireur, mais il doit agir dans un certain délai. Si le porteur, se montrant négligent, laisse passer le délai prescrit sans agir, il n'est plus recevable dans son action en garantie (art. XV) sauf si le tiré n'a pas été mis en mesure de payer la lettre de change à l'échéance. Aussi, pour échapper au recours du porteur négligent, le tireur et les endosseurs doivent prouver, en cas de dénégation du tiré, que celui-ci avait été mis en mesure de payer la traite au moment où le protêt faute de paiement a été dressé.

Le tireur, en effet, doit mettre le tiré en mesure de payer

la traite à l'échéance. C'est là pour le tireur une obligation qui résulte du contrat de change qu'il a conclu avec le preneur; c'est aussi une obligation qui découle de la lettre de change elle-même qui contient un ordre adressé par le tireur au tiré, car, d'après les principes, le mandant doit fournir au mandataire ce qui est nécessaire à l'exécution du mandat. Le tireur est d'autant plus tenu à l'exécution de ses obligations de mandant qu'il a reçu du preneur la valeur de la traite au moment même de son émission. Aussi pour échapper au recours du porteur non payé, le tireur et les endosseurs qui ont encaissé la valeur de la traite doivent prouver qu'ils ont accompli leurs obligations vis-à-vis du tiré, en le mettant en mesure de payer l'effet à l'échéance (1).

Or, le tiré ne sera en mesure de payer la lettre de change que dans deux cas : s'il est débiteur du tireur, car alors l'émission de la traite n'est qu'un moyen pour le tireur de recouvrer ce qui lui est dû, ou si le tireur lui envoie, avant l'échéance, les fonds nécessaires au paiement.

Tels sont les deux cas soigneusement précisés par l'article XVI du titre V de l'Ordonnance : le tireur, pour échapper au recours du porteur devra prouver, en cas de dénégation du tiré, que celui-ci lui était redevable, ou avait provision, c'est-à-dire, nous allons le voir, avait les fonds nécessaires au paiement.

On se trouve en effet ici en présence d'un nouveau sens du mot *provision*; il ne s'agit plus d'une rémunération quelconque, d'un agio, mais bien des fonds eux-mêmes destinés au paiement de la traite.

(1) Cette obligation des endosseurs a disparu avec le Code de commerce; nous ne nous occuperons pas de cette question, qui reste en dehors de notre étude.

Ce sens de *provision*, nettement dégagé par les commentateurs de l'Ordonnance, ne saurait donner lieu à aucune discussion.

Jousse, dans son *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance du commerce du mois de mars 1673*, s'exprime ainsi à propos de l'article XVI du titre V :

« *Seront tenus de prouver.* » — « Cette obligation de prouver est remplie de justice. Il peut arriver qu'une personne tire une lettre de change sur un autre qui ne lui doit rien, et qui n'a *aucun fonds appartenant à ce tireur* pour acquitter la lettre; ainsi le porteur de cette lettre qui a négligé de la faire protester dans le délai requis eût fait inutilement ses diligences puisque celui sur qui cette lettre a été tirée n'aurait vraisemblablement ni accepté ni payé. D'ailleurs, lorsque le tireur n'est pas créancier de celui sur qui il tire, ou qu'il ne lui a point envoyé de *provision*, il se trouve dans le cas de celui qui cède une dette active ou une créance qui n'existe point... »

« *Ou avoient provision* » — « C'est-à-dire avoient des fonds appartenant au tireur. » (2).

Dupuis de la Serra, dans son *Art des lettres de change* (3), écrit la phrase suivante, qui ne laisse aucun doute sur le sens du mot *provision* : «... L'accepteur qui n'a point reçu de fonds (qu'on appelle dans le négoce *provision*) pour payer cette lettre, et qui n'est pas débiteur du tireur, devant être garanti de son acceptation, qui l'a obligé de recevoir le porteur dans son contrat d'accord... a prétendu signer le contrat d'accord du tireur, ce qui lui a été refusé... » (4).

Savary, dans ses *Parères*, emploie à plusieurs reprises

(2) Jousse, *op. cit.*, p. 111.

(3) Traité publié dans les *Oeuvres* de Savary (t. I, post, p. 760).

(4) Dupuis de la Serra, *op. cit.*, p. 59.

provision comme synonyme de fonds destinés à payer la lettre de change ⁽⁵⁾.

Enfin Pothier ne s'exprime pas d'une manière différente dans le passage suivant :

« Lorsque la lettre n'a pas été acceptée, les endosseurs, pour pouvoir tirer une fin de non-recevoir du défaut de protêt, ou de dénonciation du protêt, contre l'action de garantie du propriétaire de la lettre, sont pareillement, aux termes de l'article de l'Ordonnance ci-dessus cité (il s'agit de l'article XVI), tenus de justifier qu'au temps auquel la lettre a dû être protestée, celui sur qui elle étoit tirée *avoit des fonds* qui lui avoient été remis, soit par le tireur, soit par eux, ou *qu'il leur étoit redevable*; faute de pouvoir justifier cela, les endosseurs, qui n'auroient pu en ce cas avoir d'action contre celui sur qui la lettre est tirée pour l'obliger à acquitter la dette, ne peuvent rien souffrir de son insolvabilité... » ⁽⁶⁾.

Ce second sens du mot *provision* étant aussi certain que le premier, comment a-t-il pu prendre naissance ?

Il est possible tout d'abord que les rédacteurs de l'Ordonnance de 1673 aient été inspirés par l'étymologie même de *provision*. *Provision* dérive en effet de *providere* qui signi-

⁽⁵⁾ V. notamment *Parères*, XXVII, XLII, LXX.

⁽⁶⁾ Pothier, *Traité du contrat de change*, n° 158, p. 321. Cf. aussi nos 58, 74, 95, 105, 118, 156, 180.

Nous citons un argument de texte susceptible peut-être de confirmer, s'il en était besoin, le nouveau sens du mot *provision*. Certains auteurs, et notamment MM. Isambert, Decrusy et Taillandier (*Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, p. 99), rapportant le texte de l'article XVI du titre V de l'Ordonnance, écrivent *avoient provisions*, ce qui permet d'identifier d'une manière complète ces *provisions* aux *fonds* destinés au paiement de la traite.

Cependant, il convient d'accueillir cet argument de texte avec prudence, car Dupuis de la Serra (*op. cit.*, p. 47, n° 38, note f), et Jousse (*op. cit.*, p. 111), qui ont dû certainement avoir en mains des copies authentiques de l'Ordonnance, écrivent *avoient provision*.

lie *pourvoir*; or, le meilleur moyen pour le tireur de pourvoir au paiement de la lettre de change est évidemment d'envoyer au tiré les fonds nécessaires à ce paiement. La provision désignerait donc l'acte par excellence par lequel le tireur a pourvu au paiement de la traite, c'est-à-dire l'envoi de fonds et, par simplification, les fonds eux-mêmes.

Raphaël de Turri définit le terme *providere* et lui donne le sens de pourvoir au paiement d'une traite en se procurant l'argent qui manque pour ce paiement :

« *Providere — Hoc verbum ...nihil aliud significat... nisi capere ad cambium quantitatem necessariam pro supplenda indigentia, seu mancamento.* » (7).

On pourrait donc soutenir que c'est une considération étymologique qui a influé sur le changement de sens du mot *provision*. Nous ne le croyons pas cependant car, dans le domaine de la pratique, les considérations de cette nature n'ont pas grande influence. Si le terme *provision* a changé de sens, c'est qu'il existait une raison pratique à ce changement. Il faut essayer de la découvrir.

Il a été indiqué précédemment que la provision, antérieurement à l'Ordonnance de 1673, consistait uniquement en une rémunération payée à ceux qui s'occupaient d'opérations de change par ceux qui étaient appelés à en bénéficier. On pense tout naturellement au cas du banquier. Mais la provision était d'un usage très large à cette époque; elle ne servait pas seulement à reconnaître les peines et soins du banquier ou du mandataire qui rendait un service au

(7) Raphaël de Turri, *op.cit.*, Disp. II, Qu. I, Prologomena, n° 25.

Cf. Disp. III Qu. I Prologomena, n° 14, f° 242. L'auteur cite dans ce passage le cas d'un tiré qui, n'ayant pas les fonds pour payer la traite à l'échéance, se *pourvoit* à cet effet en tirant une traite sur l'ordre du tireur.

porteur d'une lettre de change; on constate qu'elle était même donnée au tiré par le tireur.

Peut-être le tireur, en offrant au tiré ce léger pourcentage, entendait-il l'inciter à accepter le mandat dont il le chargeait et à payer la lettre de change qui venait d'être créée. Peut-être cette provision était-elle destinée à compenser, dans une certaine mesure, les inconvénients qui résultaient pour le tiré de son assujétissement à la législation cambiaire beaucoup plus rigoureuse que la législation civile. Il est encore possible que l'usage en ait été établi par généralisation du cas où le tiré étant un banquier, celui-ci cherchait à accroître ses profits de banque en demandant une provision.

Quoi qu'il en soit sur les motifs qui ont présidé à l'établissement de cette coutume, son existence est certaine.

Scaccia, dans un exemple de lettre d'avis, montre le tireur engageant le tiré à se pourvoir pour le paiement de la traite et à retenir sa provision :

« Lettera scritta da Marco a Giacomo di Piacenza, per che
» pacchi scudi 1. V. che li ha tratto in Luco a che se pro-
» veda da lui.

» 1613. a di 16. Aprile in Genova per Giacomo di Pia-
» cenza fiera di Pasqua.

» Magnifico hon. In contesta fiera di Pasqua vi lo tratto
» scudi 1. V. in Luco, conti con il suo de qui, li accetterete,
» è pagherete, con darmene debito, et provedervene con
» piu vostra provigione de qui da me, che li paghero,
» avisando à Dio.

» Marco. » (8).

(8) Scaccia, *op. cit.*, § 3, Glos. III, n° 23, p. 417. Traduction latine :
« Littera scripta per Marcum Jacobo Placentia, ut solvat sc. 1. V. quos in
» eum traxit Luco, et ut de iis sibi provideat erga ipsum.

» Anno 1613, 16. Apr. Genuae, per Jacobum in nundinis Paschatia Pla-

Heineccius s'exprime aussi dans des termes très nets à ce sujet :

« Denique per *provisionem* intelligitur honorarium, quod »
» trassans acceptanti debet pro solutione vel honoratis lit- »
» teris cambialibus. Quod quamvis non ubique idem sit, »
» plerisque tamen locis triens thaleri (i.e. 8 grossi) solvitur »
» pro centum thaleris. » (9).

Enfin, Pothier indique dans les termes suivants que la provision est d'usage lorsque l'accepteur est un banquier :

« Quoique le contrat de mandat, qui intervient entre le tireur et l'accepteur, soit de sa nature gratuit, et qu'en conséquence l'accepteur ne puisse rien demander que le remboursement de ce qu'il a déboursé pour accepter la lettre, néanmoins il est d'usage que, par une convention particulière, le tireur accorde à l'accepteur un certain salaire ou récompense à raison de tant pour cent. On appelle cette récompense *une provision* : elle est très licite *in utroque foro* lorsque l'accepteur est un banquier, pourvu qu'elle n'excède pas ce qu'il est d'usage d'accorder pour cela aux banquiers, c'est un gain et un profit légitime de son commerce de banque. » (10).

L'existence de cette provision envoyée gracieusement par le tireur au tiré étant établie, n'est-il pas possible d'induire le raisonnement suivant :

La provision a consisté originairement dans l'honoraire envoyé au tiré. Cet honoraire n'est qu'un accessoire de peu d'importance en considération des rapports qui s'établiront

» centiae. Magnifice honorate, in his nundinis Paschatis traxi in te sc. I. V.
» Luco, computa cum debito illius a quo accipies, et solves, mihi debitum
» dando, et tibi providendo, cum majori tua provisione hinc versus me,
» quod eos solvam, notum faciens. Vale.

» Marcus. »

(9) Heineccius, *Opera*, t. 7, *Elementa Juris cambialis*, Cap. IV, § XXXXVII.

(10) Pothier, *Traité du contrat de change*, n° 110, p. 284.

entre le tireur et le tiré pour l'exécution du contrat de change. Le tireur devra notamment, s'il n'est pas déjà créancier du tiré, lui faire tenir les fonds nécessaires au paiement de la lettre de change; c'est là un acte essentiel sans lequel le contrat de change ne pourrait être exécuté.

Or cet acte essentiel ne porte aucun nom spécial qui puisse le désigner dans la pratique.

Tandis que, pour désigner l'honoraire adressé au tiré, on disposait du mot *provision*, aucun terme spécial ne servait à dénommer les fonds envoyés pour le paiement. Aussi par un mécanisme, qui n'est pas sans d'autres exemples, le terme *provision* a pu être étendu de l'accessoire au principal et employé pour désigner les fonds envoyés au tiré.

D'ailleurs, le premier sens du mot n'a pas disparu dès que le second a pris naissance. On constate que longtemps encore après l'Ordonnance de 1673, *provision* a été employé par les auteurs, tantôt dans le sens originaire, tantôt dans le sens dérivé, sans que ceux-ci aient paru redouter une confusion quelconque, Dupuis de la Serra et Pothier, notamment, utilisent dans leurs ouvrages le mot *provision* dans les deux sens indiqués (11).

Puis le second sens a prévalu entièrement, le premier paraissant être tombé en désuétude. C'est le sens donné à *provision* dans l'Ordonnance de 1673 qui a seul subsisté et qui inspira par la suite les rédacteurs du Code de commerce.

(11) Voir notamment : Dupuis de la Serra, *L'Art des Lettres de change*, n° 38, p. 47, et chap. XV, p. 48 : «... Lorsque le tireur veut opposer la fin de non-recevoir, il faut qu'il prouve que celui sur qui la lettre de change étoit tirée lui devoit, ou qu'il en avoit la *provision*, c'est la disposition de l'article 16 du Titre 3 de l'Edit du Commerce... Si la lettre de change n'appartient pas au porteur, et qu'elle lui soit remise pour compte d'autrui, il n'a qu'à la renvoyer à son auteur et répéter contre lui les frais du protest et sa *provision* qui est la reconnaissance de sa peine (Ceci, lorsque la traite a été protestée faute de paiement). » — Pothier, *op. cit.*, Comp. n°s 58, 74, 93, 103, 112, 136, 138, 180 et n°s 86, 87 et 110.

CHAPITRE III

LA PROVISION DANS LE CODE DE COMMERCE

Les conceptions du droit du change codifié dans l'Ordonnance de 1673 se retrouvent à peu près identiques dans le Code de commerce de 1807. Le législateur n'a pas entendu innover, il a simplement apporté aux dispositions de l'Ordonnance quelques modifications qui n'en changent point l'esprit.

Pour s'en convaincre, il est aisé d'ajouter à la comparaison des textes le témoignage de ceux-là mêmes qui furent amenés à porter une appréciation sur le titre VIII du Code de commerce.

Le tribun Duveyrier, présentant le vœu d'adoption du projet de Code émis par le Tribunat, s'exprimait ainsi : « On ne peut trop admirer, pour le temps où elle a été rendue, la sagesse, la prévoyance et la précision de cette loi de 1673. Dans le chapitre destiné aux lettres de change... nous trouvons, sur la nature de la lettre de change, sur les effets qu'elle produit, sur les obligations qu'elle fait naître, toutes les dispositions générales, encore aujourd'hui exécutées, presque entièrement adoptées, mais aussi très utilement développées par le projet de loi qui vous est présenté... Je le répète avec plaisir, ces règles générales, variables pendant le quinzième et le seizième siècle, éparses dans quel-

ques réglemens isolés, et dans les exemples et les documens d'un commerce naissant, faible et incertain, ont été, au milieu du dix-septième siècle, rassemblées avec soin, rédigées avec clarté et précision, et consacrées par l'Ordonnance de 1673. Et depuis, l'expérience en a tellement démontré l'utilité et la sagesse, que cent trente ans après, et sauf un très petit nombre, le projet proposé leur donne la plus honorable confirmation. » (1).

Le conseiller d'Etat Bégouen ne parlait pas différemment du projet de Code de commerce.

C'est encore le système de la lettre de change, instrument d'exécution du contrat de change, qui est consacré par le législateur. La remise de place en place est maintenue dans le Code de commerce, comme élément essentiel du contrat de change, malgré que la suppression de cette condition ait été demandée par le Tribunat. Cependant, peut-être sans en avoir eu une conscience très nette, les rédacteurs du Code de commerce ont admis implicitement que la lettre de change pouvait être autre chose qu'un simple instrument d'exécution du contrat de change et constituer en particulier un instrument de paiement, puisque le Code admet la validité de la lettre de change tirée à l'ordre du tireur lui-même.

La théorie de la provision, telle qu'elle résulte de l'ordonnance de 1673, est reprise par le législateur de 1807 qui n'y apporte que quelques modifications. Une, cependant, mérite d'être signalée, car elle touche à la nature de la provision.

Il a été indiqué précédemment que l'Ordonnance de 1673

(1) Discours prononcé par Duveyrier dans la séance du Corps législatif du 11 septembre 1807 en présentant le vœu d'adoption émis par les sections du Tribunat réunies. — Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XVIII, p. 154-155.

distinguaient deux hypothèses dans les rapports du tireur et du tiré : celle où le tiré est redevable au tireur et celle où le tiré a provision. Dans le premier cas, le tireur recouvre ce qui lui est dû en émettant la traite; dans le second, le tireur, auquel le tiré ne doit rien, se constitue son créancier en lui envoyant la provision, soit les fonds nécessaires au paiement.

Le Code de commerce ne va plus faire de distinction entre ces deux situations et, sans définir la provision, se bornera à indiquer quand elle existe.

Si le tireur envoie une somme d'argent au tiré pour payer la traite, le tireur devient par là même créancier du tiré. Or, que le tireur soit créancier du tiré en vertu d'opérations antérieures à l'émission de la lettre de change ou en vertu de l'envoi de fonds effectué après l'émission de la traite, mais avant l'échéance, la situation est la même : à l'échéance, le tiré sera toujours redevable au tireur. Pourquoi distinguer ces deux situations, elles aboutissent au même résultat : il y a provision dans les deux cas, puisque le tiré a toujours en main les fonds nécessaires au paiement.

Et cette analyse juridique a abouti à la rédaction de l'article 116 du Code de commerce : « Il y a provision si, à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur, ou à celui pour compte de qui elle est tirée, d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change. »

Les rédacteurs de l'article 116 ne pouvaient soupçonner les discussions auxquelles donnerait lieu par la suite cette disposition. Doctrine et jurisprudence ont tour à tour invoqué l'article 116 pour essayer d'en dégager une définition de la provision que le législateur n'avait pas donnée.

Il est certain que les rédacteurs du Code de commerce n'ont pas eu le dessein de modifier la notion de provision, mais seulement d'indiquer quand existe cette provision dans les rapports du tireur et du tiré.

La provision désigne toujours la somme d'argent qui sera employée par le tiré au paiement de la traite. Plusieurs passages des travaux préparatoires du Code de commerce confirment cette opinion (2).

Enfin deux commentateurs éminents, Locré et Pardessus, maintiennent à la provision son sens traditionnel (3).

Le Code de commerce considère la lettre de change surtout comme l'instrument d'exécution du contrat de change. Mais, au cours du XIX^e siècle, l'usage des effets de commerce allait s'accroître considérablement grâce à l'intensité toujours plus grande de la vie économique. D'autre part, le perfectionnement des moyens de communication, l'adoption en France du chèque, à l'imitation de l'Angleterre, modifièrent le rôle primitif de la lettre de change. Désormais, ses

(2), Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XVIII; — *Code de commerce*, p. 41; P.-V. de la séance tenue par le Conseil d'Etat le 27 janvier 1807 : « M. Merlin dit que, en cas de non-acceptation, l'Ordonnance de 1673 oblige non seulement le tireur mais encore les endosseurs à prouver que la provision a été faite... M. Jaubert combat le principe même de l'article... M. Regnaud (de Saint-Jean-d'Angély) dit qu'il serait injuste et impossible d'obliger les endosseurs à vérifier si les fonds existent. » Cf. *eod. loc.*, p. 137 : Exposé des motifs présenté par le conseiller d'Etat Bégouen dans la séance du Corps législatif du 2 septembre 1807.

(3) Locré, *Esprit du Code de commerce*, liv. I, tit. VIII, sect. I, p. 363. — Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. I, n^o 25 : « En style de commerce... la personne que le tireur charge de payer à l'échéance la somme indiquée se nomme tiré; lorsqu'elle s'est engagée à la payer, elle se nomme accepteur, et les valeurs qui sont entre ses mains pour servir au paiement, provision. » N^o 328 : « La promesse de tirer une lettre de change ne rend pas la personne à qui elle a été faite propriétaire de la somme ou des valeurs destinées au paiement, qu'on nomme la provision. » N^o 388 : « On appelle provision, comme nous l'avons dit n^{os} 25 et 328, la somme ou les valeurs destinées au paiement d'une lettre de change. »

rapports avec le contrat de change vont passer au second plan et elle va devenir avant tout instrument de crédit et instrument de paiement. Au résultat de cette évolution, la notion de provision elle-même se trouvera modifiée. C'est la méconnaissance de ce changement dans le rôle de la lettre de change qui a contribué à obscurcir la théorie de la provision.

CHAPITRE IV

LA PROVISION APRES LE CODE DE COMMERCE

SECTION PREMIERE

Diverses conceptions de la provision dans la doctrine et la jurisprudence.

Le Code de commerce de 1807 est le seul monument législatif qui traite de la question de la provision dans la lettre de change, jusqu'à la loi du 8 février 1922. Pendant plus d'un siècle, aucune transformation légale ne se produira dans la théorie de la provision, alors que cette théorie se transformera sous l'influence de la pratique commerciale.

Un texte législatif cependant s'occupera de la provision dans les effets de commerce : la loi du 14 juin 1865 instituant en France l'usage du chèque. Aucune difficulté ne peut s'élever sur la nature de la provision dans le chèque. L'article 1^{er} de la loi dispose en effet : « Le chèque est l'écrit qui, sous la forme d'un mandat de payement, sert au tireur à effectuer le retrait, à son profit ou au profit d'un tiers, de tout ou partie de fonds portés au crédit de son compte chez le tiré, et disponibles. » Aussi, lorsque l'article 2 décide que « le chèque ne peut être tiré que sur un tiers ayant provision préalable », on peut en conclure que

cette provision consiste dans les fonds en possession du tiré.

On voit que la provision du chèque correspond à la conception de la provision de la lettre de change consacrée par l'Ordonnance de 1673, alors que la traite était avant tout l'instrument d'exécution du contrat de change.

Si aucune difficulté n'existe sur la nature de la provision dans le chèque, il n'en est pas de même actuellement pour la provision de la lettre de change.

Alors que jusqu'au Code de commerce la provision était unanimement assimilée aux fonds envoyés au tiré pour le paiement de la lettre, des opinions diverses se sont manifestées plus tard tant dans la doctrine que dans la jurisprudence sur la nature de la provision.

Il est indispensable de passer en revue les définitions données; elles permettront de constater les divergences qui existent pour les réduire ensuite à la lumière de l'évolution.

Les auteurs ont donné de la provision des définitions variées, certains s'attachant à une louable précision, d'autres préférant demeurer dans une prudente réserve.

Alauzet notamment s'exprime ainsi: « La provision dans l'originé a consisté sans doute, le plus souvent, dans l'envoi d'une somme d'argent; mais l'usage de la lettre de change, en se développant, s'est mêlé à toutes les transactions commerciales, et c'est avec intention que la loi a refusé de spécifier en quoi devait consister la provision qui peut être faite de plusieurs manières. » (1). C'est là un langage peu compromettant, mais on ne saurait y voir une définition.

(1) Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, t. IV, n° 1281.

Vidari, s'inspirant directement de l'étymologie du terme *provision*, l'a définie « l'acte ou l'ensemble d'actes grâce auxquels le tireur met le tiré en mesure de payer la lettre de change à l'échéance » (2). Mais ce sont précisément ces moyens qu'il est intéressant de connaître et surtout la nature même de la provision.

Aussi, abandonnant ces notions trop vagues, il convient de se reporter à d'autres définitions plus intéressantes données par la doctrine, car la provision correspond à quelque chose de précis :

Plusieurs jurisconsultes donnent de la provision des définitions qui peuvent se ramener à celle-ci : « toute valeur se trouvant à l'échéance en possession du tiré et pouvant être considérée comme destinée à assurer le paiement de la traite » (3).

D'ailleurs cette valeur peut se présenter dans la pratique sous la forme d'objets de nature diverse, sous la forme d'une *richesse* quelconque au sens économique du mot. C'est ainsi que la provision pourra consister en argent liquide, en marchandises envoyées au tiré, soit à titre de vente, de garantie, de commission ou de consignation, et même en effets de commerce remis au tiré à titre de cession, de commission ou de garantie.

D'autres auteurs, désirant mettre en lumière l'idée qu'il peut y avoir provision sans qu'il y ait pour cela envoi d'une

(2) Vidari, *La lettera di cambio*, p. 211 : « Provvedere i fondi vorrebbe significare l'atto e quel complesso di atti per mezzo dei quali il traente mette in grado il trattario di pagare la lettera di cambio alla scadenza. »

(3) Fontaine, *Etudes sur la lettre de change*, p. 25, note 2; Touzaud, *Des effets de commerce*, p. 41; Baicoianu, *De la provision en matière de lettre de change et de chèque*, p. 16; Bentéjac, *De la provision dans la lettre de change*, p. 9; Namur, *Commentaire du titre VIII, livre I, du nouveau Code de commerce belge (L. 20 mai 1872) relatif aux lettres de change et aux billets à ordre*, p. 19; Ruben de Couder, *Dictionnaire de Droit commercial*, V^o *Lettre de change*, § 5, n^o 218.

valeur au tiré par le tireur, par exemple lorsque le tireur est déjà créancier du tiré au moment de l'émission de la lettre de change, définissent la provision : « la valeur que le tireur fait parvenir au tiré, ou la valeur dont ce dernier est redevable au tireur et qui fait que le tiré paiera la traite à l'échéance » (4).

Enfin, nombreux sont ceux qui, dégageant nettement le rapport juridique qui s'établit entre le tireur et le tiré lorsque le premier a mis aux mains du second ce qui était nécessaire au paiement de la traite, déclarent que la provision, c'est « la créance du tireur sur le tiré » (5).

On voit que la doctrine est loin d'être unanime sur la nature juridique de la provision.

La jurisprudence offre la même diversité et les tribunaux ont envisagé la provision sous les aspects les plus variés. Il est à remarquer d'ailleurs que bien souvent les tribunaux ne se hasardent pas à définir la provision et se contentent prudemment de citer dans leurs décisions les termes de l'article 116 du Code de commerce, examinant ensuite, pour savoir s'il y a provision, si le tiré est bien redevable au tireur à l'échéance de la lettre de change.

Il nous a été possible cependant de choisir quelques arrêts dont les auteurs se sont préoccupés de dégager avec

(4) Nouguiér, *Des lettres de change et des effets de commerce*, t. I, n° 250, p. 245; Haour, *De la provision dans les effets de commerce*, p. 20; Patey, *De la provision en matière de lettres de change et de chèques*, p. 11; Troullier, *La lettre de change, instrument de crédit en Droit français et en Droit étranger*, p. 72.

(5) Boistel, *Précis de Droit commercial*, n° 775; Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, n° 1426; Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, t. IV, n°s 139 et 458; Lacour et Bouteron, *Précis de Droit commercial*, n° 1236; Adatto, *De la propriété de la provision en matière de lettre de change*, p. 18; M. le Doyen Ferron ; A son cours de Droit commercial.

une certaine précision la nature de la provision. Nous les avons classés en trois groupes : ceux qui assimilent la provision à une somme d'argent, ceux qui l'assimilent aux marchandises ou valeurs envoyées au tiré par le tireur, enfin ceux qui considèrent la provision comme la créance du tireur sur le tiré (6).

Enfin, pour montrer combien cette notion de provision reste confuse, nous tenons à citer une décision particulièrement caractéristique où *provision* désigne, dans le corps du même arrêt, tantôt la créance du tireur, tantôt les marchandises envoyées au tiré.

Il s'agit d'un arrêt de la Cour de Limoges, du 16 juillet 1898 (7), conçu dans les termes suivants :

« Attendu, en droit, qu'un négociant peut tirer sur son préposé ou son mandataire une lettre de change à raison des valeurs dont ce dernier aura à lui rendre compte en exécution de son mandat et les affecter à une *provision* pour

(6) *Décisions assimilant la provision à une somme d'argent* : Paris, 20 mai 1828, D., 28. 2. 227; Cass., 3 févr. 1833, S., 35. 1. 98; Cass., 1^{er} févr. 1836, S., 36. 1. 234; Cass. civ., 20 mars 1850, S. 50. 1. 253; Paris, 23 févr. 1874, D., 76. 5. n° 89; Paris, 30 nov. 1891, D., 92. 2. 94.

Décisions assimilant la provision aux marchandises ou valeurs envoyées au tiré par le tireur : Trib. com. Seine, 10 mai 1827, D., 28. 2. 228; Montpellier, 1^{er} juill. 1831, S., 35. 1. 97; Orléans, 7 mai 1847, S., 50. 1. 230; Cass. civ., 24 janv. 1860, D., 60. 1. 72; Bordeaux, 29 avril 1864, *Journ. arrêts de Bordeaux*, 1864, p. 230; Cass., 20 août 1873, D., 73. 1. 489; Cass., 31 déc. 1894, D., 95. 1. 414; Paris, 9 nov. 1907, *Le Droit*, 20 déc. 1907; Cass., 24 janv. 1912, S., 17. 1. 126; Trib. com. Marseille, 5 mars 1912, *Rec. Marseille*, 12. 1. 229; Pau, 25 oct. 1912, *Gaz. Pal.*, 13. 1. 298; Douai, 27 nov. 1922, *Rec. Douai*, 1923. 67; Trib. com. Marseille, 14 nov. 1924, *Rec. Marseille*, 26. 1. 158.

Décisions assimilant la provision à la créance du tireur : Cass., 3 août 1835, S., 35. 1. 867; Bordeaux, 13 févr. 1851, *Journ. arrêts de Bordeaux*, 1851, p. 224; Cass. req., 21 mai 1884, D., 84. 1. 291; Paris, 7 févr. 1893, D., 93. 2. 113; Rouen, 11 nov. 1903, D., 06. 2. 233; Cass., 16 juin 1909, D., 09. 1. 383; Rennes, 24 janv. 1929, *Rec. Rennes* (fasc. II), 1929.

(7) D., 1901. 2. 318.

garantie de ladite lettre de change; que, sans doute, *la provision ne consiste pas dans les marchandises, mais dans la créance du prix* résultant de leur réception par le tiré chargé de les vendre; que, néanmoins, le porteur auquel, comme en l'espèce, la traite a été régulièrement transmise est saisi, par le seul fait de l'endossement, de la propriété, non seulement de la traite, mais aussi de la provision existant aux mains du tiré au moment de l'échéance; que la faillite du tireur survenue depuis la souscription de la lettre de change ne peut porter aucune atteinte aux droits du tiers porteur sur la provision lorsque, comme en l'espèce encore, il est constant que les marchandises expédiées se trouvaient dans les magasins dirigés par le préposé; que le tiers porteur ayant été investi, dès le jour de la création de la lettre de change, de la *créance éventuelle qui formait l'objet de la provision* conserve son droit exclusif sur cette créance, alors même que la vente des marchandises n'a été réalisée que postérieurement à l'échéance de la traite; — Attendu qu'il importe peu, d'ailleurs, que *les marchandises objet de la provision* aient été, après saisie, réalisées d'un commun accord entre les parties, et qu'il est également indifférent que ce prix soit inférieur au montant des traites, le porteur ayant sur une provision partielle les mêmes droits que sur une provision complète. »

Après avoir constaté ce flottement qui existe dans la doctrine et la jurisprudence au sujet de la nature de la provision, il importe d'examiner chacune des définitions proposées et les arguments qui peuvent être invoqués en leur faveur. Ensuite nous serons appelé à nous prononcer.

Tout d'abord, on peut réunir en une seule les deux définitions qui assimilent la provision, l'une à une somme d'argent, l'autre à des marchandises ou valeurs, car leur

caractère distinctif c'est de considérer la provision comme un objet matériel.

A cette opinion s'oppose précisément celle qui considère la provision comme la créance du tireur sur le tiré. En définitive, la provision est-elle un objet matériel, tangible, ou un simple droit de créance ?

On comprend l'importance du problème et de sa solution vis-à-vis de la question du droit du porteur.

Admettre que la provision consiste dans un objet matériel, c'est se rallier à la conception traditionnelle de la provision, telle qu'elle a été établie précédemment. Mais il existe au moins un cas fort embarrassant : il est unanimement admis que lorsqu'un commerçant fait traite par exemple sur un banquier qui lui a consenti une ouverture de crédit, ce banquier se trouve avoir provision pour payer la traite (8). Or on ne saurait prétendre ici que la provision consiste dans une valeur matérielle, le contrat d'ouverture de crédit intervenu entre le commerçant et le banquier n'ayant pas eu pour effet de transmettre telle ou telle valeur, mais uniquement de créer une « promesse de prêt, par laquelle le banquier (créditeur) s'oblige à tenir à la disposition du commerçant (crédité) une certaine somme » (9).

Dans ce cas il semble bien que si l'ouverture de crédit se réalise, le crédité faisant traite sur le créateur, la provision de la traite consiste uniquement dans la créance du commerçant sur le banquier, du tireur sur le tiré.

Il existe en outre une autre difficulté. On sait que la loi

(8) V. notamment : Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, t. IV, n° 168; Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, n° 1422 ; Lacour et Bouteron, *Précis de Droit commercial*, n° 1238; Wahl, *Précis de Droit commercial*, n° 1844.

(9) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, n° 684.

du 8 février 1922 attribue au porteur la propriété de la provision. Si donc la provision consiste dans un objet matériel, il faut admettre que le porteur de la lettre de change est investi d'un droit direct sur cet objet, et que, spécialement dans le cas de faillite du tiré, le porteur peut s'approprier les marchandises qu'il détient et qui constituent la provision de la lettre de change. Or, dans cette hypothèse, on ne reconnaît au porteur que le droit d'exiger du syndic la vente des marchandises et son paiement sur le prix, ce qui prouve bien que le droit du porteur est limité à la créance résultant de l'envoi des marchandises au tiré (10).

La théorie qui assimile la provision à une valeur matérielle n'est donc pas aujourd'hui à l'abri de critiques.

On rencontre aussi quelques difficultés dans la théorie qui considère la provision comme la créance du tireur. Remarquons en effet les expressions suivantes couramment employées en matière d'effets de commerce : « avoir provision », « recevoir provision », « envoyer provision ». Si on admet que la provision est la créance du tireur sur le tiré, « avoir provision » devra s'appliquer au tireur et signifiera qu'il est créancier du tiré. Or, le sens de l'expression est totalement opposé : *avoir provision* s'applique au tiré et indique qu'il est débiteur du tireur.

De même si dans les deux locutions, *recevoir provision*, *envoyer provision*, on considère la provision comme la créance du tireur, on aboutit à un sens incompréhensible. C'est donc que, dans les trois expressions prises à titre d'exemple, le mot provision n'est pas synonyme de créance du tireur; en réalité, il désigne la valeur envoyée au tiré pour le paiement de la traite.

(10) V. notamment, dans ce sens, Rouen, 11 nov. 1903, D., 1906. 2. 233, et la note de M. Percerou.

Telle est l'incertitude qui entoure la notion de provision; il n'est pas jusqu'au langage employé qui ne s'en ressente.

La question que nous avons posée sur la nature de la provision s'est déjà posée dans la pratique, et, en fait, quelques auteurs se sont préoccupés de la résoudre. M. Thaller, dans une note consacrée à un arrêt de la Cour de cassation du 31 décembre 1894 ⁽¹¹⁾, s'exprime en ces termes : «... Cette controverse se complique d'une équivoque sur le sens qu'il faut donner au mot *provision* : car on ne voit pas bien si c'est à la *créance du prix* qu'on doit l'appliquer ou à la *marchandise*. Il a été conclu une vente, disposé sur l'acheteur et négocié une lettre de change. Cette lettre de change, d'après la jurisprudence française, donne au porteur une garantie sur les droits nés de cette vente. Mais sur quels droits ? Est-ce la *propriété de la marchandise* qui passe au porteur ? Est-ce à la *créance en paiement de la somme qu'il serait en quelque sorte subrogé*, et si c'est dans ce deuxième sens qu'on doit statuer, à quel instant se produit ce fait juridique, dont la loi ne parle pas, que la pratique a depuis longtemps considéré comme de grande importance, sans pouvoir le ramener à une formule absolument nette ?... En parlant assez laconiquement de provision *réalisée*, mise *aux mains du tiré*, la Cour de cassation paraît écarter d'une manière encore plus absolue la thèse de l'arrêt attaqué. On pourrait croire qu'elle donne pour objet à la provision la marchandise elle-même. Cela n'est pas : elle ne fait que se conformer à la terminologie courante, assez peu claire il est vrai. Sa pensée n'est point de contester le principe... que la provision consiste bien dans la

(13) D., 1906. 2. 233.

créance d'argent du tireur contre le tiré. Du moins dans une vente ou d'autres opérations analogues, ce point fondamental est-il hors de débat. Il y a, sans doute, d'autres hypothèses de tirages d'effets; les lettres de change ont pu être émises en représentation de consignation de marchandises ou créées sur un client avec envoi de remises pour le couvrir. On serait bien obligé de chercher à la provision une autre base que cette créance d'argent, alors absente. Notamment, lorsqu'un industriel adresse sa fabrication à une maison de commission qui doit lui en trouver le placement et fait traite de suite sur cette maison, la provision devra bien s'identifier avec la marchandise. Cela tient à des raisons qu'on ne peut aborder dans cette note et qui ne feraient que compliquer la discussion. » (12).

M. Percerou s'exprime dans des termes identiques dans une note publiée sous un arrêt de la Cour de Rouen du 11 novembre 1903 (13) :

« ... Il restait à déterminer en quoi exactement consiste la provision. Est-ce la *valeur remise par le tireur au tiré* à raison de la convention intervenue entre eux, ou bien est-ce la

(12) Nous ne voyons pas que cette dernière hypothèse citée par M. Thaller présente une difficulté particulière. Il ne paraît pas du tout nécessaire d'assimiler la provision à la marchandise. Notons tout d'abord que l'existence de la provision implique obligatoirement une évaluation en argent des marchandises puisqu'il n'y a provision que si le tiré est redevable au tireur d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change. Ce n'est donc pas la *marchandise* elle-même qui est prise en considération c'est sa *valeur*.

Dès lors, il convient de distinguer deux hypothèses : ou le tiré n'a pas promis à son commettant de lui faire des avances; c'est donc seulement lorsqu'il aura vendu les marchandises que le prix de vente constituera provision entre ses mains. Ou le commissionnaire s'est engagé à payer la traite, même si les marchandises ne sont pas vendues, et la provision consiste dans l'ouverture de crédit faite par le commissionnaire au commettant et garantie par les marchandises. On voit que dans les deux cas la provision consiste dans une créance (Cf. *infra*, p. 52).

(13) D., 1906. 2. 233.

créance qui résulte de cette remise ? Les expressions qu'emploient à cet égard certains arrêts pourraient induire en erreur. On en rencontre assez souvent qui parlent d'une « provision en marchandises ou en effets de commerce », ce qui pourrait faire croire qu'elle consiste dans les marchandises ou les effets eux-mêmes : « Attendu », lit-on notamment dans un arrêt de la Cour de cassation du 19 janvier 1847, « que le tiré, ayant refusé de recevoir *les marchandises* qui lui étaient expédiées, n'a ainsi jamais été nanti » des dites marchandises *lesquelles n'ont pu par suite faire provision entre ses mains* lors de l'échéance. » (Req., 19 janv. 1847, D. P., 47. 1. 109. *Adde* dans le même sens, Civ., 24 janv. 1860, D. P., 60. 1. 72). Mais il ne faudrait pas que cette terminologie inexacte prêtât à confusion. En réalité, dans des hypothèses de ce genre, ce qui constitue la provision, *ce ne sont pas les marchandises elles-mêmes*, c'est la *créance du prix*, résultant au profit du tireur contre le tiré de leur réception par ce dernier... »

La même idée a été mise en lumière par M. Fontaine qui indique qu'on oppose parfois à la *provision du tireur* la *provision du tiré*, suivant que l'on considère les marchandises effets ou valeurs envoyés par le tireur au tiré ou la dette de somme d'argent qui est résultée de la livraison pour le tiré ⁽¹⁴⁾. Il ne paraît cependant ni souhaitable ni utile de dédoubler ainsi la provision, mais cette distinction de la provision du tireur et de la provision du tiré confirme l'intérêt qui existe à distinguer les valeurs matérielles envoyées au tiré et la créance du tireur.

Le problème est maintenant posé. Il s'agit de le résoudre.

(14) Fontaine, *Etudes sur la lettre de change*, p. 23. Cf. note Deneus, sous jugement Trib. com. Gand, 27 nov. 1913, in *Jurisprudence commerciale des Flandres*, 1913, p. 211.

SECTION II

Ce qu'est en réalité la provision.

Nous avons insisté précédemment sur l'évolution constante des pratiques commerciales qui entraîne la modification des institutions. La lettre de change a subi la loi commune et a évolué : Tout d'abord instrument d'exécution du contrat de change, elle ne tarda pas à devenir instrument de crédit. Enfin une nouvelle fonction lui sera réservée, celle d'instrument de paiement. Il est normal que la provision ait été affectée par ce changement.

Aussi on peut être surpris de constater que certains ferment les yeux à l'évidence, niant l'évolution du rôle de la lettre de change, tels Delamarre et Le Poitvin lorsqu'ils écrivent : « Le contrat et la lettre de change sont aujourd'hui ce qu'ils étaient au temps de Pothier, et au temps de Pothier, ils n'étaient pas autres qu'au temps de Scaccia qu'il cite et de Casaregis. » (15).

On est également surpris de voir la Cour suprême considérer principalement la lettre de change comme l'instrument d'exécution du contrat de change, alors que cette première fonction de la traite a aujourd'hui à peu près disparu (16).

A l'origine, la lettre de change est uniquement le moyen d'exécution du contrat de change, le tireur et le tiré sont presque toujours des banquiers, le preneur étant un commerçant. La provision consiste alors dans la somme d'argent dont le tiré est redevable au tireur ou que le tireur fera parvenir au tiré pour le paiement.

(15) Delamarre et Le Poitvin, *Traité de Droit commercial*, t. V, p. 483.

(16) V. notamment : Cass., 3 févr. 1835, S., 35. 1. 98; Cass., 3 août 1835, S., 35. 1. 867; Cass., 20 août 1873, D., 73. 1. 460.

Mais l'usage de la lettre de change ne tarda pas à se développer et à s'étendre aux commerçants. Dès ce moment la traite va jouer le rôle d'instrument de paiement. Quelle est en effet la situation dans laquelle un commerçant utilisera le plus souvent la lettre de change ? Ce sera lorsqu'ayant expédié des marchandises à un autre commerçant, il voudra recouvrer le prix qui lui est dû. Alors apparaît le rôle particulièrement avantageux de la traite qui va être utilisée comme instrument de paiement, jouant le rôle de monnaie et évitant des déplacements de numéraire : en émettant une lettre de change et en la remettant au preneur, le tireur paie à celui-ci ce qu'il lui doit pour la valeur fournie, sans utiliser de numéraire. De son côté, le tiré, qui paiera à l'échéance la traite au porteur, se trouvera payer son créancier, le tireur, sans remise d'argent. On voit donc que la traite sert à effectuer un double paiement : celui du tireur au preneur et celui du tiré au tireur.

Ces avantages de la lettre de change, joints à ceux qui résultaient de sa qualité d'instrument de crédit, rendirent son emploi de plus en plus fréquent chez les commerçants; aussi désormais le tireur et le tiré seront presque toujours des commerçants et le porteur sera la plupart du temps, un banquier auquel la traite aura été endossée.

Le rôle de la lettre de change comme instrument de paiement va devenir prépondérant, mais, par contre, ses rapports avec le contrat de change vont s'atténuer de plus en plus. La conception traditionnelle, si vivace, du rôle de la lettre de change, consacrée pour une large part par le Code de commerce, délaissée par la pratique, va être à son tour abandonnée par le législateur qui devra céder devant les faits : Le 7 juin 1894, la condition de remise de place en place, essentielle dans le contrat de change, perd son carac-

tère obligatoire; le 8 février 1922, la mention de la valeur fournie requise jadis sur toute lettre de change est supprimée. Aujourd'hui la traite s'est pour ainsi dire détachée du contrat de change, mais, par contre, elle est avant tout un instrument de paiement.

Cette évolution du rôle de la lettre de change va entraîner des modifications de ses éléments essentiels, car l'adaptation d'une institution ancienne à une fonction nouvelle ne peut s'effectuer sans une accommodation de ses éléments à leur rôle nouveau.

La provision, somme d'argent mise aux mains du tiré pour payer la traite, lorsque la lettre de change n'est encore que l'instrument d'exécution du contrat de change, va se trouver modifiée lorsque la lettre de change deviendra un instrument de paiement. Dans le premier cas, en effet, il s'agit de procurer au porteur de la traite une somme d'argent dans un lieu déterminé, tel est le seul but de la lettre de change, sa raison d'être. Dans le second, il s'agit pour le tireur d'obtenir le paiement de la dette du tiré. Or, n'est obligé de payer que celui qui est débiteur, par suite la lettre de change ne remplira son rôle que si le tireur est créancier du tiré. La provision qui garantira le fonctionnement normal de la traite consistera précisément dans la créance du tireur sur le tiré, alors que précédemment cette même provision destinée à l'exécution du contrat de change consistait dans une somme d'argent.

La provision s'est donc adaptée à la nouvelle fonction de la lettre de change; tout paiement supposant pour se produire l'existence d'une créance, la provision destinée à permettre au tiré de payer la traite va s'identifier précisément avec la créance du tireur.

Cette créance du tireur qui constitue la provision peut naître

tre de circonstances très diverses; peu importe la nature de l'acte qui aura constitué le tiré débiteur du tireur, pourvu que la créance existe à l'échéance, il y a provision.

C'est ainsi que cette créance peut résulter d'un envoi de fonds fait au tiré, mais le plus souvent elle résultera de l'envoi de marchandises. Si les marchandises sont envoyées au tiré à titre de vente, la provision consistera dans la créance du prix. Mais que décider lorsque les marchandises auront été envoyées par exemple à un commissionnaire chargé de les vendre ? Ne pourrait-on pas soutenir que la provision consiste ici en marchandises ? Non. Il convient en effet de distinguer deux hypothèses : ou bien le tiré n'a pas promis à son commettant de lui faire des avances, c'est donc seulement lorsqu'il aura vendu les marchandises que le prix de cette vente constituera entre ses mains la provision de la traite; ou bien le commissionnaire s'est engagé à payer la traite même si les marchandises ne sont pas vendues et la provision consistera alors dans l'ouverture de crédit consentie par ce commissionnaire à son commettant, ouverture de crédit garantie par les marchandises. On le voit, ici encore, la provision s'analyse en une créance du tireur sur le tiré (17).

La provision peut aussi résulter de l'envoi d'effets de commerce au tiré, on se trouve alors dans une situation analogue à la précédente.

Enfin la provision peut consister dans une ouverture de crédit consentie au tireur par le tiré. Nous venons de voir que, dans le cas de marchandises envoyées à un commissionnaire, cette ouverture de crédit était garantie par les marchandises. Mais l'ouverture de crédit est aussi très souvent

(17) Lacour et Bouteron, *op. cit.*, n° 1239; Thaller, *op. cit.*, nos 1427 et 1428.

consentie par un banquier à un commerçant, et, dans ce cas, le banquier ne manque pas dans la pratique d'exiger des garanties du crédit, telles par exemple qu'une hypothèque, un nantissement ou un cautionnement.

Il résulte de ces explications que l'utilisation de la lettre de change comme instrument de paiement a entraîné l'identification de la provision avec la créance du tireur. Dire aujourd'hui que la provision consiste dans des valeurs matérielles, c'est créer une confusion.

Nous avons indiqué que la créance du tireur résultait le plus souvent d'envoi de valeurs, de marchandises au tiré, mais il faut prendre garde de confondre le droit avec sa cause.

La provision, droit de créance, est une, toujours identique, alors que sa cause est infiniment variable et la créance du tireur ne saurait être confondue avec les objets dont la possession par le tiré a pour effet de rendre celui-ci débiteur de celui-là.

Mais si la provision consiste dans la créance du tireur, comment expliquer les expressions du langage courant que nous avons signalées : « avoir provision », « recevoir provision », « envoyer provision » ? La réponse est simple : la pratique a conservé le langage d'autrefois. Ces expressions, pleines de sens lorsque la provision consistait en une somme d'argent, alors que la lettre de change était avant tout l'instrument d'exécution du contrat de change, ont subsisté malgré le changement de fonction de la traite. Elles ressemblent aujourd'hui « à d'anciennes étiquettes laissées par mégarde sur des vases dont on a renouvelé le contenu » (18). Ceux qui confondent la provision avec les valeurs envoyées

(18) P. Gide, *Etudes sur la novation et le transport des créances en Droit romain*, p. 2, Paris, 1879.

au tiré continuent à les employer dans leur sens primitif. Pour nous qui assimilons la provision à une créance, ces expressions représentent des vestiges du passé et il est nécessaire de se le rappeler pour leur donner un sens conforme à la réalité.

Le problème précédemment posé se trouve résolu dans le sens de l'assimilation de la provision à la créance du tireur. L'étude historique que nous avons effectuée apparaît maintenant avec toute son utilité. La question difficile et obscure de la nature de la provision ne peut être tranchée qu'à la lumière de l'Histoire, parce qu'elle est intimement liée au rôle joué par la lettre de change à travers les siècles.

C'est pour avoir méconnu l'évolution du rôle de la lettre de change et persisté à considérer la lettre de change en dépendance étroite avec le contrat de change que beaucoup d'auteurs ont accumulé les difficultés sur la théorie de la provision. Or, la lettre de change est par-dessus tout aujourd'hui un instrument de paiement, en même temps qu'un instrument de crédit. Les moyens d'exécution du contrat de change autrefois limités aux seules lettres de change sont aujourd'hui multiples : grâce aux chèques, aux comptes courants, aux mandats, il est désormais facile de procurer à une personne une somme d'argent dans un lieu déterminé, lorsqu'elle recule devant un transport de numéraire, bien simplifié cependant de nos jours grâce à la rapidité et à la sécurité des moyens de transport, en même temps que par l'usage de la monnaie de papier.

La nature de la provision dégagée, il reste à la distinguer d'autres éléments avec lesquels on la confond assez souvent : *la couverture, la somme à payer et la valeur fournie.*

SECTION III

Distinction entre la provision, la couverture, la somme à payer et la valeur fournie.

§ 1. — LA PROVISION ET LA COUVERTURE.

Une première confusion à éviter est celle qui peut s'établir entre la *provision* et la *couverture*. Elle provient de l'opinion qui identifie la provision aux valeurs envoyées au tiré. Si le tireur a envoyé des valeurs au tiré, il a en effet constitué provision et en même temps couvert le tiré en vue du paiement de la traite. Mais il a été établi que la provision consistait dans une créance, et que la provision pouvait fort bien exister sans qu'il y ait eu envoi de valeurs du tireur au tiré, comme dans le cas d'ouverture de crédit. Dans ce dernier cas, si la provision existe, par contre la couverture n'existe pas; on voit donc que *provision* n'est pas obligatoirement synonyme de *couverture*.

La confusion a été faite cependant; Nouguiier la commet lorsqu'il écrit : « La provision est l'ensemble des fonds ou valeurs envoyées au tiré, ou des dettes existant entre ses mains et destinées à solder la lettre de change. On lui donne aussi dans le commerce le nom de *couverture*. » (19).

MM. Lyon-Caen et Renault signalent aussi l'assimilation réalisée par la pratique entre la provision et la couverture, en indiquant qu'il y a lieu d'établir entre elles une distinction, précisément dans le cas d'ouverture de crédit, où le tiré n'est pas, à proprement parler, couvert (20).

(19) Nouguiier, *Des lettres de change et des effets de commerce*, t. I, p. 245.

(20) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, p. 151, note 2 : « Quelquefois, dans le commerce, la provision est appelée *couverture*, et on dit que le tiré est *couvert* quand il a entre les mains des valeurs représentant le mon-

Si donc généralement la provision et la couverture coïncident, la créance du tireur résultant de l'envoi de valeurs au tiré, il n'en est pas de même dans le cas d'ouverture de crédit, et c'est là une raison suffisante de poser une distinction.

Mais il existe aussi un autre intérêt à distinguer la provision et la couverture. Aux termes de l'article 170 du Code de commerce, le tireur qui a fait provision peut opposer la déchéance au porteur et aux endosseurs négligents. Il est équitable en effet que le tireur qui a accompli ses obligations envers le tiré et l'a mis en mesure de payer la traite n'ait pas à subir les conséquences de la négligence du porteur ou des endosseurs, et ne puisse être contraint, par leur faute, à donner deux fois la valeur de la lettre de change qu'il a tirée.

Cependant, dans le cas d'ouverture de crédit, cette raison d'équité n'existe pas; le tireur en effet n'a envoyé au tiré aucune valeur pour le paiement de la traite, alors qu'il a reçu du preneur la valeur fournie. Si donc il échappait au recours du porteur ou des endosseurs négligents, il se trouverait réaliser un bénéfice injuste. D'autre part, on ne peut

tant de la traite. Mais il peut y avoir provision sans que le tiré ait rien reçu du tireur et soit, par conséquent, *couvert* dans le sens rigoureux du mot ». — V. dans le même sens Patey, *op. cit.*, p. 9 : « Le tiré doit avoir provision; mais, bien que, dans l'usage, les termes *provision* et *couverture* soient souvent employés indifféremment, cela ne revient pas à dire que le tiré doit être couvert, du moins au point de vue de ses rapports avec le tireur : ainsi, au cas d'ouverture de crédit, il suffit, pour qu'il y ait provision, dans les rapports de tireur à tiré, que le tiré ait promis au tireur de lui consentir des avances, des prêts... On ne peut dire, dans ce cas, que le tiré est couvert, qu'il a entre les mains une valeur effective représentant le montant de la traite, et, dans ses rapports avec le porteur ou les endosseurs négligents, le tireur d'une semblable lettre de change ne pourra prétendre qu'il a satisfait à son obligation de faire provision. Néanmoins, de lui au tiré, il y a provision, puisque le tiré s'est engagé envers lui à lui faire des avances. » — V. aussi Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, n° 1239.

pas, dans ce cas, prétendre que c'est à cause de leur négligence que le porteur ou les endosseurs ont vu disparaître les valeurs affectées au paiement et fournies au tiré par le tireur, puisque précisément le tireur n'a rien fourni au tiré. Donc la négligence du porteur ou des endosseurs ne porte aucun préjudice au tireur qui ne court pas le risque de s'appauvrir injustement en étant soumis à leur recours.

Aussi, dans ce cas, bien qu'il y ait provision de l'avis unanime de la doctrine et de la jurisprudence, on admet que le tireur ne peut opposer la déchéance au porteur et aux endosseurs négligents, car il n'y a pas couverture ⁽²¹⁾.

Telle est la première distinction qui doit être faite au sujet de la provision.

§ 2. — LA PROVISION ET LA SOMME A PAYER.

Il ne saurait non plus être question de confondre la *provision* et la *somme à payer*. Pour nous qui avons admis que la provision consistait dans la créance du tireur, aucune hésitation n'est possible car on ne peut confondre un droit avec son objet, la créance du tireur avec la somme d'argent que le tiré paiera au porteur en sa qualité de débiteur du tireur.

La confusion pourrait cependant prendre naissance dans l'esprit de ceux qui estiment que la provision consiste toujours dans une somme d'argent. Comme d'autre part l'article 116 du Code de commerce décide que, pour qu'il y ait provision, le tiré doit être redevable au tireur d'une somme au moins égale au montant de la traite, les partisans de cette théorie pourraient être tentés d'assimiler la provision à la somme à payer.

(21) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. IV, n° 168; Lacour et Bouteron, *op. cit.*, n° 1238.

Même en admettant, pour les besoins du raisonnement, que la provision consiste dans une somme d'argent, aucune confusion ne doit se produire.

Tout d'abord la provision n'est pas forcément égale à la somme à payer; l'article 116 indique que le tiré doit être redevable d'une somme au moins égale au montant de la traite, ce qui laisse prévoir que la provision peut être supérieure à la somme à payer. Mais la provision peut être aussi inférieure à la somme à payer; c'est là le cas de provision partielle et bien qu'on puisse discuter dans cette hypothèse pour savoir s'il y a légalement provision, la jurisprudence et une partie de la doctrine reconnaissent l'existence de la provision partielle et en déduisent, notamment vis-à-vis du porteur, les conséquences attachées à l'existence de la provision.

Il existe aussi une autre raison d'éviter cette confusion : la somme à payer est l'objet de l'obligation contractée entre le tireur et le preneur, la provision n'est que le moyen d'aboutir à l'exécution de cette obligation et elle n'intéresse que les rapports tireur-tiré. Il en résulte que la somme à payer et la provision sont deux choses différentes et qu'elles interviennent dans des rapports établis entre personnes différentes.

Delamarre et Le Poitvin, développant cette idée, s'expriment dans les termes suivants: « La jurisprudence affirme ou présuppose l'identité de la somme à payer et de la provision. C'est une erreur. La somme à payer est l'objet de l'obligation contractée par le contrat, la provision, la suite du mandat de payer donné directement dans la lettre par le tireur au tiré. Ces deux obligations sont loin d'être identiques : elles ne sont contractées ni entre les mêmes personnes, ni sur le même objet. Le montant de la traite qui ne

peut être autre chose qu'une somme d'argent n'est pas la provision, laquelle peut consister en marchandises, en un article de compte courant, en un simple crédit » (22).

On voit donc que la somme à payer doit rester distincte de la provision. Toutefois la confusion qui se produit entre elles est très explicable : Il va être indiqué comment la pratique a confondu irrémédiablement deux éléments pourtant bien distincts de la lettre de change, la provision et la valeur fournie. Au terme d'une évolution qui sera retracée, la mention de la provision s'est substituée à la mention de la valeur fournie sur la lettre de change. A partir de ce moment, c'est le montant de la créance du tireur qui figure sur la traite. Or, la somme à payer coïncidant dans la lettre de change avec le montant de la valeur fournie, la substitution de la provision à la valeur fournie entraîne l'équivalence entre le montant de la somme à payer et le montant de la provision. Il était bien facile dès lors d'assimiler étroitement la provision et la somme à payer au point de les confondre.

Cependant, si cette confusion est explicable, elle n'en demeure pas moins critiquable du point de vue juridique.

§ 3. — LA PROVISION ET LA VALEUR FOURNIE.

Une autre confusion s'est produite dans des conditions particulièrement intéressantes entre deux éléments pourtant bien séparés à l'origine dans la lettre de change : la *provision* et la *valeur fournie*. Il importe de préciser ce point.

Le contrat de change, base primitive de la lettre de change, prenait naissance entre deux personnes, le preneur et le tireur, et tandis que le tireur remettait au preneur la

(22) Delamarre et Le Poitvin, *Traité de droit commercial*, t. V, p. 489.

traite qui lui permettait de recevoir à l'échéance les fonds des mains du tiré, le preneur remettait en contre-partie au tireur une somme d'argent. C'est la remise de cette somme par le preneur qui était constatée sur la lettre de change, sous la mention « valeur fournie ». En d'autres termes, la valeur fournie était, à l'origine, la cause de l'obligation contractée par le tireur, constatée par la lettre de change et consistant dans le paiement par le tiré d'une somme d'argent à l'échéance.

Telle est la conception traditionnelle de la valeur fournie, celle à laquelle de nombreux auteurs se rallient encore aujourd'hui⁽²³⁾.

Par contre, la provision n'intervenait pas dans les rapports du preneur et du tireur, mais dans les rapports du tireur avec le tiré. Dans le contrat de change, le tiré ne joue qu'un rôle secondaire, car il n'est que l'exécuteur du contrat intervenu entre le preneur et le tireur. La provision qui permettra au tiré d'exécuter le mandat qui lui est donné par le tireur lui permettra par là même d'exécuter le contrat de change. Mais il faut remarquer que l'exécution du contrat, si elle intéresse évidemment le preneur, est sur-

(23) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, n° 82. « ... La lettre de change énonce la valeur fournie en espèces, en marchandises, en compte ou de toute autre manière, c'est-à-dire ce qu'a donné le preneur pour que le tireur émette la lettre de change à son profit; en d'autres termes, le tireur doit indiquer la cause des obligations qu'il contracte en souscrivant la lettre de change. » — Lacour et Bouteron, *op. cit.*, n° 1188 : « ... La valeur fournie par le preneur au tireur est la cause de la création de la traite. La loi exige qu'elle y soit mentionnée, par dérogation à l'article 1132 C. civ. d'après lequel une convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée dans l'acte qui la constate. » — Thaller, *op. cit.*, n° 1349 : « La valeur fournie c'est l'équivalent de la traite que remet le preneur au tireur, c'est la cause de l'engagement du tireur. S'il souscrit une traite à l'ordre du bénéficiaire, c'est parce que ce bénéficiaire lui donne valeur égale. » — Cf. dans le même sens, Wahl, *Précis de droit commercial*, n° 1819.

tout affaire entre le tireur et le tiré, car le contrat de change reste valablement conclu et la lettre de change conserve toute sa valeur, même si la provision n'existe pas et si la traite n'est pas payée à l'échéance. Dans ce cas, conformément au droit commun, le preneur, au profit duquel le contrat n'aura pas été exécuté, aura un recours contre le tireur, son cocontractant, et pourra même lui demander des dommages-intérêts.

On voit donc que le rapport *valeur fournie* est plus important que le rapport *provision*, car, sans valeur fournie, le contrat de change ne peut se former, tandis qu'il peut valablement se former sans provision.

Si telle était la situation lorsque la lettre de change était uniquement le mode d'exécution du contrat de change, on ne saurait s'étonner que les rapports respectifs de la provision et de la valeur fournie se soient modifiés lorsque le rôle de la lettre de change s'est modifié lui-même.

Tout d'abord, lorsque la traite a été utilisée entre commerçants comme instrument de paiement par le tireur en faveur du preneur, la valeur fournie, qui consistait originairement dans la somme d'argent que le preneur remettait au tireur pour avoir la traite, s'est modifiée dans sa nature : la valeur fournie a dès lors représenté la valeur remise au tireur, en paiement de laquelle la lettre de change était tirée, cette valeur pouvant être de nature très diverse et consister en marchandises, par exemple. L'article 410 du Code de commerce, qui a déjà consacré en partie le rôle de la lettre de change comme instrument de paiement, indiquait⁽²⁴⁾ en effet que la lettre de change devait énoncer « la valeur fournie en espèces, en marchandises, en compte, ou de toute autre manière », montrant par là l'extension

(24) La loi du 8 février 1922 a abrogé cette disposition.

subie par la notion de valeur fournie, sous l'influence de la pratique, dès le moment où la lettre de change cessant d'être exclusivement le moyen d'exécution du contrat de change a été utilisée comme instrument de paiement.

Mais il est une transformation beaucoup plus importante qui s'est réalisée par la suite : c'est la confusion de la *provision* et de la *valeur fournie*, et la substitution de la première à la seconde.

Pour comprendre cette substitution, il importe de considérer comment fonctionne pratiquement la lettre de change.

Considérons un libellé courant de traite :

Bordeaux, 1^{er} mars 1920. B. P. F. 1.000

Au 1^{er} juin prochain, payez à l'ordre de M.
Bernard la somme de mille francs, valeur en
marchandises.

A M. Durand, 5, Cours de l'Intendance, Bordeaux.

(Signé) Thomas.

Que va représenter dans l'esprit du tireur la mention suivante : « la somme de mille francs, valeur en marchandises » ? Normalement on devrait penser que cette somme de mille francs représente la valeur des marchandises fournies par Bernard à Thomas, par le preneur au tireur. Mais il n'en est rien. Les rapports du preneur avec le tireur sont passés au second plan; en réalité le rôle de la traite comme instrument de paiement absorbe toute l'attention des parties, et la mention « la somme de mille francs, valeur en marchandises » désigne la valeur des marchandises que Thomas, le tireur, a envoyées ou enverra à Durand le tiré, autrement dit, la provision.

Désormais ce qui figure sur la lettre de change ce

n'est pas la valeur fournie par le preneur au tireur, mais la valeur fournie par le tireur au tiré (25).

Telle est l'évolution accomplie.

Cette évolution s'explique facilement par le nouveau rôle de la lettre de change. Ce qu'il importe de savoir surtout, ce n'est pas si le preneur a réellement remis au tireur la valeur de la traite, mais si le tireur est réellement créancier du tiré, autrement dit s'il y a provision (26). La provision n'est pas un élément nécessaire à la validité de la lettre de change, mais c'est cependant un élément fort important dans la pratique. S'il y a provision, en effet, il y a tout lieu de penser que la traite sera payée à l'échéance, et le preneur qui a reçu cette traite en paiement aura entre les mains un titre de crédit présentant une garantie des plus sérieuses; il en sera de même des porteurs successifs de la lettre de change. Il n'y a rien d'étonnant par suite que la provision devenant pratiquement beaucoup plus importante que la valeur fournie se soit substituée à elle, bien que l'apparence extérieure de la lettre de change n'ait pas été modifiée.

Cette confusion réalisée entre la provision et la valeur fournie, a été aperçue par certains auteurs.

M. Thaller, dans son *Traité de Droit commercial*, l'indique ainsi : « Cette valeur fournie ne doit pas être confondue avec celle que le tireur a remise au tiré pour pouvoir tirer sur lui, c'est-à-dire avec la « provision ». La traite sert, par exemple, à un vendeur pour se couvrir

(25) M. le Doyen Ferron : A son cours de Droit commercial.

(26) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, n° 82 : «... Que le preneur ait ou non remis au tireur l'équivalent de la lettre, cela n'importe ni aux tiers qui en deviendront ensuite cessionnaires, ni au tiré; cela n'intéresse que le tireur et le preneur, qui ont à indiquer, comme ils l'entendent, l'effet de la création de la lettre sur leurs rapports personnels. »

de son prix. On est alors tenté de dire qu'elle repose sur une valeur en marchandises. Il y a là une équivoque. La cause qu'il faut mentionner dans l'effet n'est pas celle du contrat intervenu « entre tireur et tiré », mais celle du contrat échangé « entre tireur et preneur ». Il va de soi que, dans ces deux conventions, la valeur que les parties ont prise en considération a pu être de nature très différente. » (27).

MM. Lyon-Caen et Renault, Lacour et Bouteron, dans leur *Traité de Droit commercial*, signalent aussi la confusion à éviter entre provision et valeur fournie (28).

Il est permis de regretter cependant que ces savants auteurs n'aient signalé que d'un mot cette confusion sans développer les raisons qui l'ont fait naître.

La jurisprudence ne paraît pas avoir marqué nettement le point de vue qui nous occupe.

Toutefois, M. Bourcart a précisé l'évolution accomplie dans une note sous un arrêt de la Chambre des requêtes du 24 janvier 1912 (29). On y lit notamment : « ... En doctrine, en jurisprudence, avec le droit du porteur sur la provision, dans les affaires, c'est la provision qui a pris le rôle prépondérant, toute la place. Elle la prend si bien que, dans la pratique, la mention de la valeur fournie, exigée par l'article 110 du Code de commerce est détournée constamment de son sens légal pour être appliquée à la provision. Dans le texte de la lettre de change aucune

(27) Thaller; *Traité de Droit commercial*, n° 1330.

(28) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, p. 67, note 1 : « La valeur fournie est tout à fait distincte de la provision, avec laquelle on la confond si souvent ». — Lacour et Bouteron, *op. cit.*, t. II, p. 19, note 2, sous paragraphe consacré à la valeur fournie par le preneur au tireur : « Et non celle qui est fournie par le tireur au tiré; il ne s'agit pas ici de la provision. Trop souvent, ces deux valeurs sont confondues. »

(29) D. 1912. 1. 520.

mention ne se réfère à la provision, et c'est bien naturel puisqu'elle n'a besoin d'exister qu'à l'échéance. Il est vrai que la condition de provision paraît si essentielle que la pratique très courante des affaires applique aux rapports entre tireur et tiré, c'est-à-dire à la provision, la mention de valeur fournie que l'article 110 du Code de commerce a prescrite, en songeant aux rapports entre tireur et preneur, c'est-à-dire à l'exécution du contrat de change qui, jusqu'en 1894, était censé préexister. Mais c'est là une déviation, bien significative d'ailleurs, de la réglementation légale. »

Cette confusion entre la provision et la valeur fournie, courante dans la pratique, apparaissait nettement dans deux cas.

Tout d'abord, dans le cas de lettre de change tirée à l'ordre du tireur lui-même. La validité d'une pareille traite ne saurait être contestée puisque l'article 110 du Code de commerce l'admet. Dans ce cas, il est bien évident qu'il ne saurait être question de valeur fournie, puisqu'il n'y a pas de preneur, et cependant, dans la pratique, il n'était pas rare de voir figurer sur une pareille lettre de change les mots « valeur en moi-même ». Que signifie donc cette expression ? Certains auteurs estiment qu'elle n'a proprement « aucun sens et est inutile » ⁽³⁰⁾ M. Wahl déclare que « l'indication de la valeur fournie est inutile quand la traite est émise au profit du tireur lui-même, car elle constituerait alors un non-sens » ⁽³¹⁾. MM. Lacour et Bouteron déclarent qu'« elle ne signifie rien » ⁽³²⁾. Il est évident, en effet, que si on considère la valeur fournie comme repré-

(30) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. IV, n° 88.

(31) Wahl, *Précis de droit commercial*, n° 1820.

(32) Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, n° 1196.

sentant une valeur remise au tireur par le preneur, on ne peut expliquer cette mention. La vérité c'est que, dans ce cas, ce qui est indiqué sur la lettre de change, ce n'est pas la valeur fournie, mais la provision, et alors l'expression *valeur en moi-même* devient pleinement intelligible. Pothier, à qui l'on fait dire à tort que l'expression *valeur en moi-même* est dénuée de sens ⁽³³⁾, a en réalité aperçu que cette expression indiquait la provision; il est intéressant d'en trouver le témoignage dans le passage suivant :

« Lorsque la lettre porte : Vous paierez à un tel, valeur en moi-même, ou valeur de moi-même, ou valeur rencontrée en moi-même, cette lettre n'est pas non plus une lettre de change, mais un simple mandement : *ces termes valeur en moi-même, et les autres semblables, ne se réfèrent pas à celui à qui la lettre est payable, mais à celui sur qui elle est tirée*, et ils ne signifient autre chose, sinon que le tireur tiendra compte à celui sur qui elle est tirée, lorsqu'il l'aura acquittée, de la valeur de la lettre, en déduction de ce qui est dû au tireur par celui sur qui elle est tirée. » ⁽³⁴⁾. On ne saurait dire plus clairement que dans ce cas la valeur fournie désigne véritablement la provision.

Le second cas dans lequel la provision s'identifiait avec la valeur fournie était celui d'un effet de commerce voisin de la lettre de change : le billet à ordre.

Dans le billet à ordre, on ne se trouve en présence que de deux personnes, le souscripteur et le bénéficiaire, tan-

(33) Lacour et Bouteron, *op. cit.*, p. 24, note 1; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, p. 70, note 7.

(34) Pothier, *Traité du contrat de change*, n° 10.

dis que dans la lettre de change interviennent au moins un tireur, un tiré et un bénéficiaire. La valeur fournie qui intervient dans la lettre de change dans les rapports tireur-bénéficiaire se retrouve dans le billet à ordre dans les rapports du souscripteur et du bénéficiaire. Mais il ne semble pas, à première vue, qu'il puisse exister de provision dans le billet à ordre, car on n'y rencontre pas de tireur ni de tiré.

Si cependant on examine avec soin le mécanisme du billet à ordre, on constate qu'en réalité le souscripteur est à la fois tireur et tiré. Or, si le souscripteur accepte de tirer sur lui au profit du bénéficiaire, c'est que ce même bénéficiaire est créancier du souscripteur. Donc, nous trouvons bien à la base du billet à ordre une provision qui est, non pas la créance du tireur sur le tiré, comme dans la lettre de change, mais la créance du bénéficiaire sur le souscripteur, qui est à la fois tireur et tiré.

En définitive, dans le billet à ordre, la valeur fournie intervient dans les rapports du bénéficiaire avec le souscripteur envisagé dans sa qualité de tireur et la provision intervient dans les rapports du bénéficiaire avec le souscripteur envisagé dans sa qualité de tiré. Mais comme dans la pratique on ne distingue pas ces deux qualités différentes du souscripteur, on arrive à confondre la valeur fournie et la provision.

Cette confusion a été si complète que beaucoup d'auteurs se refusent même à admettre l'existence d'une provision dans le billet à ordre ⁽³⁵⁾. Par contre, la jurisprudence estime que la théorie de la provision doit s'appliquer au billet à ordre, et ce point de vue est entièrement

(35) Thaller, *op. cit.*, n° 1568 : « La théorie de la provision est également exclue du billet à ordre. »

adopté par MM. Wahl et Bourcart, au résultat d'une analyse juridique très complète (36).

On a pu constater combien la pratique était loin des prescriptions du Code de commerce, concernant la valeur fournie et les confusions qui ne manquaient pas de se produire entre cet élément de la lettre de change et la provision.

En 1916, M. Louis Dubois présenta une proposition de loi destinée à rejeunir la réglementation de la lettre de change et à consacrer son rôle d'instrument de paiement

(36) En ce qui concerne la jurisprudence, v. notamment : Req., 24 janv. 1912, S. 17. 1. 121; Trib. civ. Seine, 18 avril 1903, *Gaz trib.*, 23 oct. 1903; — Wahl, *op. cit.*, n° 1843 : « ... La jurisprudence estime que la théorie de la provision est applicable au billet à ordre; la doctrine presque tout entière le conteste. Nous sommes de l'avis de la jurisprudence : la provision rentre dans les conditions du *paiement* et, comme nous le dirons, la situation du porteur en cas de provision rentre dans ses *obligations*; deux points sur lesquels l'article 187 étend aux billets à ordre les règles de la provision. A la vérité, le souscripteur est, suivant nous, à la fois tireur et tiré. Mais cela n'empêche pas que, s'étant obligé à payer le porteur, il s'est par là même obligé à maintenir une provision qui, sans doute, ne consiste pas dans une dette du tiré vis-à-vis d'un tireur, comme le suppose l'article 116 du Code de commerce (tout le monde reconnaît que ce texte ne doit pas être pris à la lettre), mais qui consiste, dès l'émission de l'effet, dans l'obligation, contractée vis-à-vis du bénéficiaire, de maintenir au profit du porteur une somme disponible; en un mot, quoiqu'il n'y ait pas provision au profit du *tireur*, qui se confond avec le tiré, l'émission crée un bénéficiaire, envers lequel s'engage le souscripteur, comme tireur, à maintenir la provision. Il faut même dire — et cela résulte de ce qui précède — que la provision existe nécessairement dans le billet à ordre, car *nécessairement* le souscripteur s'engage par sa signature, *c'est-à-dire, comme tiré, se constitue débiteur* de l'ayant cause du tireur, *c'est-à-dire de lui-même* ». — Bourcart, note sous Req., 24 janv. 1912, S., 17.1.126 : « Dans le billet à ordre, la mention de la valeur fournie, exigée par l'article 188 C. com., ne peut se référer qu'à une seule chose, aux rapports entre souscripteur et bénéficiaire, *c'est-à-dire à l'équivalent procuré par le bénéficiaire en échange de la souscription du billet, autrement dit à la provision*. Ainsi cette provision que l'on proclame exclue de la matière des billets à ordre, elle figure sur le titre, et elle y figure en exécution de la prescription légale, tandis que, nous le répétons, lorsqu'elle figure sur la lettre de change, ce n'est que parce que la pratique a dénaturé la prescription légale. » — Cf. aussi Bourcart, *Etude sur la provision dans les billets à ordre*, dans le *Bulletin du Comité des travaux historiques et scientifiques*, 1901.

et de crédit devenu de premier plan. Les dispositions du Code de commerce concernaient en effet surtout la lettre de change instrument d'exécution du contrat de change et ne répondaient plus aux fonctions nouvelles de la traite, entravant son essor. La pratique avait déjà assoupli le cadre rigide établi par le Code, mais il importait de mettre en accord la loi et la pratique en modifiant une législation vieillie.

Délaissée en 1916 pour des raisons d'ordre supérieur, la proposition de M. Louis Dubois fut reprise en 1922 et devint la loi du 8 février 1922.

Qu'il suffise de signaler pour le moment que cette loi a supprimé, tant dans la lettre de change que dans le billet à ordre, la mention de la *valeur fournie*.

Quelles sont les raisons qui ont incité le législateur à accomplir cette réforme ? Elles sont déduites dans le rapport présenté par M. Serre, député, au nom de la Commission du commerce et de l'industrie, sur la proposition de loi de M. Louis Dubois. On lit notamment dans ce rapport le passage suivant :

«... L'article 2 de la proposition de loi demande l'abrogation pure et simple de l'alinéa 7 de l'article 110 du Code de commerce, qui exige à peine de nullité de mentionner sur la lettre de change la « valeur fournie ».

» On appelle valeur fournie la représentation de ce qu'a donné le bénéficiaire de la lettre de change pour que le tireur émette ce titre à son profit. Cette mention est essentielle aussi bien dans la lettre de change, dans le billet à ordre, que dans l'endossement de ces effets de commerce. On s'explique mal l'utilité de cette formalité surannée, puisque notre Code civil, à l'article 1132, déclare qu'une obligation est valable encore que la cause ne soit pas

mentionnée dans l'écrit qui la constate. La plupart des auteurs la considèrent comme inutilement gênante et ceux d'entre eux qui veulent la justifier sont obligés de chercher une explication spéciale et quelque peu compliquée.

» En réalité, que peut importer aux tiers-porteurs ou au tiré que le preneur de la lettre de change ait bien remis au tireur l'équivalent de cette lettre ? Pour eux, l'obligation existe sans cette justification.

» La loi du 14 juin 1865, qui a organisé le chèque à ordre, n'a pas reproduit l'exigence de l'indication de la « valeur fournie » ; la plupart des législations étrangères n'ont pas imposé cette formalité et la pratique, même chez nous, accepte, pour remplacer cette mention, des formules si diverses (comme valeur reçue, valeur entendue, etc.) que nous pouvons sans crainte souscrire à sa suppression pour l'avenir (37). »

On constate par la lecture de ce passage que le rapporteur s'appuie pour demander la suppression de la mention de la valeur fournie sur trois considérations principales : l'inutilité de la mention de la cause dans l'écrit qui constate une obligation, étant donné l'article 1132 du Code civil ; la diversité des formules employées dans la pratique et la suppression de cette mention dans le chèque à ordre ainsi que dans la plupart des législations étrangères.

Ces raisons ne nous paraissent pas absolument décisives ; il en existait, par contre, une qui suffisait à justifier la suppression de la mention de valeur fournie et que le rapporteur n'a pas indiquée : c'est la confusion que nous

(37) Rapport fait au nom de la Commission du commerce et de l'industrie chargée d'examiner la proposition de loi de M. Louis Dubois ayant pour objet la modification des articles 110 et suivants du Code de commerce, concernant la lettre de change, par M. Louis Serre, député. (Doc. parl. Chambre, année 1916, annexe 1992, *J. off.*, p. 584.)

avons signalée dans la pratique entre la valeur fournie et la provision. Puisque la mention de valeur fournie, tant dans la lettre de change que dans le billet à ordre, ne correspondait plus à la réalité et servait en fait à désigner la provision, c'était là une indication que cette mention était inutile et devait être supprimée. Nous persistons à penser que c'est là la véritable raison de la suppression de la mention de valeur fournie sur la lettre de change.

Il faut noter d'ailleurs, pour être juste, que si le rapporteur a passé cet argument sous silence, le Ministre du Commerce l'a signalé dans la lettre adressée par lui au président de la Commission du commerce et de l'industrie de la Chambre des députés, sur la proposition de loi dont il s'agit : « ... D'après le même article 110 du Code de commerce, la lettre de change énonce la valeur fournie en espèces, en marchandises, en compte ou de toute autre manière. La proposition de loi supprime l'exigence de l'indication de la valeur fournie. L'exigence de la mention de la valeur fournie est une dérogation à la règle de l'article 1132 du Code civil... Cette dérogation ne se justifie par aucune bonne raison; *beaucoup de personnes même se trompent sur son sens exact et confondent la valeur fournie avec la provision, alors que celle-ci concerne les rapports du tireur avec le tiré*; la provision consiste, d'après l'article 116 du Code de commerce, dans la créance du tireur contre le tiré à laquelle se rattache la lettre de change. » (38).

Quoi qu'il en soit, depuis la loi du 8 février 1922, la

(38) Lettre du Ministre du Commerce à M. Raoul Péret président de la Commission du commerce et de l'industrie de la Chambre des députés du 20 février 1916. (Doc. parl. Chambre, année 1916, annexe 1992, *J. off.*, p. 586).

mention de la valeur fournie a été supprimée dans la lettre de change et le billet à ordre; il n'y a donc plus aujourd'hui de confusion à redouter entre la valeur fournie et la provision. Cependant il semble que tout en supprimant la mention de valeur fournie, le législateur aurait dû exiger sur la lettre de change une autre mention : celle de la provision. Ce point sera précisé ultérieurement.

Telles sont les explications qu'il nous a paru utile de donner sur les rapports de la provision et de la valeur fournie.

Peut-être nous est-il permis d'espérer que la notion de provision, objet de tant de disputes et de controverses, apparaît maintenant avec quelque netteté.

L'étude à laquelle nous venons de nous livrer n'avait pas d'autre but. N'était-il pas nécessaire de préciser ce qu'est la provision avant d'entreprendre, dans les pages suivantes, l'étude du problème de son attribution ?

DEUXIÈME PARTIE

LE PROBLÈME DE L'ATTRIBUTION DE LA PROVISION

Cette partie, consacrée à l'étude du problème de l'attribution de la provision, sera divisée en deux chapitres.

Dans le premier, nous examinerons quelles sont les raisons qui ont provoqué l'attribution de la provision au porteur de la lettre de change.

Le second sera consacré à l'étude pratique du droit du porteur sur la provision.

CHAPITRE PREMIER

RAISONS QUI ONT PROVOQUE L'ATTRIBUTION DE LA PROVISION AU PORTEUR

Comment a pu se poser le problème de l'attribution de la provision ?

Située d'abord au premier plan dans le mécanisme de la lettre de change, la provision sembla voir son rôle diminuer dans la suite, pour reparaitre finalement à la première place, au moins dans notre Droit.

Nous avons indiqué précédemment que la lettre de change a été dès son principe l'instrument d'exécution du contrat de change. Que l'on voie dans ce contrat un contrat *do ut facias* ou un contrat de vente, la provision y joue un rôle essentiel : dans le premier cas, elle constitue le moyen d'exécution du contrat; dans le second, elle constitue la chose vendue elle-même.

Il est donc nécessaire qu'elle existe pour que la convention produise ses effets, et il est probable que la provision existait dès la création de la lettre de change. Toutefois, il n'est nullement question d'en attribuer la propriété au porteur, et nos anciens auteurs ne paraissent pas l'avoir envisagé. En effet, Pothier déclare que « par le contrat de change le tireur contracte envers le donneur de valeur l'obligation des dommages et intérêts du donneur de valeur, à défaut de paiement de la lettre à son échéance, ou

de la restitution de ce qui a été donné par la lettre, au choix du donneur de valeur » (1). Dans le cas où le tireur serait tombé en faillite avant l'acceptation de la traite, Pothier, se référant à l'opinion de Scaccia, décide que le tiré ne doit pas alors accepter la traite, « car, depuis ce temps, un créancier du tireur ne doit pas être payé préférablement aux autres » (2).

Mais la lettre de change n'est point restée confinée dans le rôle d'instrument d'exécution du contrat de change et, de bonne heure, devint un instrument de crédit. Cette transformation s'est effectuée graduellement, et l'on peut en retrouver l'origine dans l'acceptation qui fut d'abord pratiquée dans les foires, la veille de l'échéance de la lettre de change, et qui équivalait à une preuve absolue de l'existence de la provision. Puis la provision et l'acceptation devinrent indépendantes, l'acceptation intervint bien avant l'échéance et fut donnée dans des conditions très différentes, car, pendant le temps qui s'écoulera entre l'acceptation et l'échéance, la situation respective du tireur et du tiré peut se modifier. Le tiré, débiteur du tireur au moment où il accepte, peut devenir créancier du tireur avant l'échéance, ou accepter, sans être débiteur du tireur, prévoyant qu'il le deviendra avant l'échéance. L'acceptation constitue un engagement du tiré envers le porteur, mais cet engagement ne repose plus uniquement sur l'existence de la provision aux mains du tiré, mais sur la confiance que le tiré a envers le tireur, et qui l'incite à croire que le tireur le mettra en mesure de payer la traite en constituant provision.

On voit donc apparaître l'idée de crédit, qui prendra peu à peu une importance considérable. La pratique de la

(1) Pothier, *Traité du contrat de change*, n° 62.

(2) Pothier, *eod loc.*, n° 96.

clause à ordre, qui permet au bénéficiaire de la lettre de change de s'en servir comme monnaie en l'endossant soit à un autre commerçant, soit à un banquier, donne au porteur la possibilité de recevoir avant l'échéance la valeur de la traite, et ainsi d'échanger une valeur *future* contre une valeur *présente*.

C'est là véritablement l'utilisation complète du crédit. Toutefois, ces avantages attachés à la possession d'une lettre de change ont leur contre-partie: la solidarité de tous les souscripteurs et endosseurs dans la garantie du paiement. Si, en effet, un commerçant ou un banquier accepte en paiement une traite, c'est avec la conviction qu'elle sera payée à l'échéance. Sur quoi repose cette conviction ? Est-ce sur l'existence de la provision ou sur la valeur des signatures apposées sur la lettre de change ?

L'existence de la provision est difficilement contrôlable par le porteur, d'autant plus que le tireur peut attendre l'échéance pour faire provision, et qu'ainsi, jusqu'au dernier moment, la provision peut ne pas exister. On peut même dire qu'il est de l'intérêt du tireur de faire provision le plus tard possible, car il conserve ainsi jusqu'à la dernière limite la libre disposition des valeurs qui serviront à la constituer.

Au contraire, le porteur peut facilement vérifier la valeur des signatures apposées sur la lettre de change, et comme tous les signataires sont garants du paiement, le porteur a la quasi-certitude d'être payé à l'échéance si les souscripteurs ou endosseurs sont honorablement connus dans le monde des affaires.

Par suite, la provision passe au second plan, et c'est surtout le crédit attaché aux signatures apposées sur la traite qui est pris en considération.

Il est donc permis de dire que, désormais, la lettre de change repose, non plus uniquement sur la garantie *réelle* résultant de la provision, mais surtout sur la garantie *personnelle* résultant du crédit des signataires.

On peut se demander maintenant si cette garantie personnelle est suffisante pour le porteur.

Tout le monde sait que le commerce vit de confiance; c'est la confiance qui est la source, tout à la fois, de ses avantages et de ses risques, mais il ne faut pas oublier que le crédit a trouvé pendant fort longtemps une garantie sérieuse dans la contrainte par corps.

Il est opportun de remarquer que tandis que le principe même de la contrainte par corps en matière civile était discuté, ce même principe était défendu en matière commerciale par les esprits les plus libéraux. Montesquieu lui-même constate que, « les négociants étant obligés de confier de grandes sommes pour des temps souvent fort courts, de les donner et de les reprendre, il faut toujours que le débiteur remplisse au temps fixé ses engagements, ce qui suppose la contrainte par corps... Dans les conventions qui dérivent du commerce, la loi doit faire plus de cas de l'aisance publique que de la liberté d'un citoyen » (3).

La nécessité de la contrainte par corps en matière commerciale a paru tellement évidente pendant des siècles que sous les divers régimes elle a trouvé d'éloquents défenseurs (4). Cette garantie disparut avec la loi du 22 juillet

(3) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 20, chap. 15.

(4) V. l'exposé des motifs de la loi relative à la contrainte par corps en matière civile, par le conseiller d'Etat Bigot-Préameneu (séance du 12 pluviôse an XII). — Rapport fait au Tribunat par le tribun Gary, au nom de la Section de législation, sur la loi relative à la contrainte par corps en matière civile (séance du 20 pluviôse an XII) : « ...La contrainte par corps a lieu en matière de commerce parce que, outre que le créancier s'est plus attaché à la personne du débiteur qu'à ses biens, il faut

1867, et sans aller jusqu'à prétendre que la suppression de la contrainte par corps en matière commerciale fut une cause déterminante de l'attribution de la provision au porteur, il est permis de penser qu'il peut exister une certaine corrélation entre ces deux institutions.

Dans la plupart des cas, la garantie des signataires de la lettre de change suffira : si, par hasard, le tiré ne paie pas à l'échéance, le porteur s'adressera aux endosseurs ou au tireur, qui le paieront pour faire honneur à leur signature.

que les affaires de ce genre soient promptement terminées pour que d'autres affaires recommencent aussitôt et que de cette succession rapide d'affaires naisse la prospérité publique. Là, l'inobservation d'un seul engagement peut entraîner la violation d'une foule d'autres et ruiner ainsi le crédit de toute une place ou de tout un pays : il importe donc, pour le maintien de la foi publique et pour l'intérêt de tous, que la loi s'arme de toute sa puissance pour faire respecter de pareils engagements. »

— Rapport du comte Portalis au nom d'une commission spéciale chargée de l'examen du projet de loi relatif à la contrainte par corps (séance du 22 décembre 1831) : «... Les publicistes, qui veulent se rendre raison de tout, ont supposé que, si le commerce n'avait pas trouvé la contrainte par corps dans les lois, il l'aurait inventée, à mesure que ses relations se sont étendues, car les négociants étant obligés de confier de grandes sommes pour des temps souvent fort courts, de les donner et de les reprendre, ont besoin que leurs débiteurs remplissent leurs engagements au temps fixé, ce qui suppose, disent-ils, la contrainte par corps... C'est surtout le commerce en détail et le colportage qui ont besoin de crédit et d'avances. Ce crédit dépend en grande partie de la confiance qu'inspire au créancier la crainte qu'éprouve le débiteur d'être privé de sa liberté en cas de non-paiement. Une telle crainte rend le petit commerçant plus prudent dans ses spéculations, mieux réglé dans sa conduite; elle contribue à fortifier en lui l'amour de l'ordre et les sentiments de probité qui sont ses véritables trésors. » — Rapport fait au nom de la commission chargée de l'examen du projet de loi sur la contrainte par corps, par M. Parant (séance du 16 février 1832) : «... La monnaie la plus active des commerçants étant la lettre de change, on a dû l'entourer de garanties, et c'est à ce titre qu'elle donne lieu à la contrainte par corps contre tout souscripteur ou endosseur... La contrainte n'a pas seulement pour but d'éprouver la solvabilité du débiteur et de l'amener à payer; elle est, avant tout, préventive; elle oblige à réfléchir avant de signer une lettre de change; c'est un frein imposé aux dissipateurs, qui, plus souvent, s'ils ne craignaient de compromettre leur liberté, recourraient à des emprunts. Qu'on leur ôte ce frein, et les lettres de change se multiplieront, et le commerce aura quatre fois plus encore à en souffrir. » *D., Rép. V^o Contrainte par corps*, notes p. 313, 317, 323, 329.

Le porteur aura d'autant plus de chances d'être payé que les signataires de la traite seront plus connus, plus solvables et plus nombreux. Mais il peut arriver que, malgré cette garantie, le porteur ne reçoive pas son paiement à l'échéance. Envisageons, en effet, le cas du bénéficiaire d'une lettre de change qui ne l'a pas présentée à l'acceptation lorsque survient la faillite ou la liquidation judiciaire du tireur. Le syndic ou le liquidateur réclamera la provision au tiré, qui, désormais, ne voudra plus accepter ni payer la lettre de change à laquelle il est resté étranger. Le porteur ne pourra donc que se retourner contre le tireur, mais, celui-ci étant en faillite, le porteur devra se joindre aux autres créanciers du tireur et concourir avec eux au marc le franc sur l'actif.

Il y a là une situation très défavorable pour le porteur de la lettre de change, car c'est précisément au moment où il aurait besoin de protection que tout le système de garantie établi en sa faveur devient inopérant. En définitive, le porteur, qui comptait peut-être sur le paiement de la traite pour faire face à ses échéances, risque lui-même, faute de pouvoir l'obtenir, de tomber en état de cessation de paiements. Ici apparaît le vice du système de garantie personnelle.

C'est alors que l'on va se souvenir de la provision et lui faire jouer le rôle de garantie supplémentaire de la lettre de change.

Dans le cas précédemment signalé de faillite du tireur survenue avant l'acceptation de la traite, il suffit, pour que le porteur obtienne son paiement et ne vienne pas en concours avec les autres créanciers du failli, de lui reconnaître un droit sur la provision, c'est-à-dire sur la créance que le tireur a contre le tiré. Si l'on admet, en effet, que cette

créance est réservée au porteur, les créanciers de la faillite n'auront aucun droit sur elle. L'affectation de la provision au porteur de la lettre de change le met donc à l'abri des risques provenant de la faillite du tireur et contribue, par là même, à accroître la sécurité de circulation des lettres de change.

Tel est le point de départ de la théorie de la propriété de la provision. D'origine nettement jurisprudentielle, cette théorie s'est d'abord manifestée timidement dans quelques décisions, puis elle s'est élargie, et le droit du porteur, limité au début, s'est peu à peu étendu au point que la loi du 8 février 1922 l'a consacré dans toute son ampleur.

Cependant il était nécessaire de trouver un fondement juridique au droit du porteur, et si la construction du système jurisprudentiel pouvait s'expliquer aisément par des nécessités pratiques, l'élaboration d'un système juridique capable de le justifier ne devait pas aller sans soulever de graves difficultés.

Il ne peut en être différemment lorsqu'on veut enfermer dans le cadre rigide d'une théorie les solutions de la vie pratique, si variée et si riche de souplesse.

Réservant pour plus tard l'examen théorique du droit du porteur sur la provision, nous allons nous attacher à retracer les phases de l'élaboration du système jurisprudentiel d'attribution de la provision au porteur et à exposer les conséquences pratiques qui résultent de cette attribution.

CHAPITRE II

ETUDE PRATIQUE DU DROIT DU PORTEUR SUR LA PROVISION

SECTION PREMIERE

Quand le porteur a-t-il droit à la provision ?

La jurisprudence n'a pas reconnu du premier coup au porteur de la lettre de change un droit de propriété sur la provision. C'est par étapes successives que s'est réalisé son système.

Quelques décisions anciennes ont décidé que l'émission ou l'endossement d'une lettre de change n'opérait pas transfert de la provision au porteur. La provision reste dans le patrimoine du tireur, qui peut en disposer librement jusqu'à l'échéance; si le tireur tombe en faillite avant cette date, le porteur n'a que la qualité d'un créancier chirographaire soumis à la loi du dividende dans la faillite. Cette opinion, contraire à tout droit en faveur du porteur, se trouve exposée nettement en ces termes dans un arrêt de la Cour d'Aix du 12 juin 1823⁽¹⁾ : « Considérant que, quelque définition que les divers commentateurs du Code de commerce aient

(1) D., *Rép.*, V° *Effets de commerce*, n° 226. Dans le même sens : Toulouse, 20 mars 1830, et Paris, 18 avril 1833, *eod. loc.*, n° 223. V. aussi un jugement fortement motivé du Trib. com. Paris, 13 déc. 1820, confirme par arrêt de la Cour, 4 févr. 1822, S., 23. 2. 203.

pu donner de la lettre de change, il demeure certain qu'elle ne peut conférer sur la provision à laquelle elle aurait donné lieu un privilège ou droit de propriété dont la loi ne parle nullement et que le juge ne saurait créer... Considérant que, s'il ne résulte pas de la nature de cette obligation que la provision sorte de la possession du tireur pour passer en celle du tiré, dès l'instant où la lettre de change est souscrite, il est impossible d'attribuer un privilège quelconque au porteur sur une chose dont l'existence n'est pas positive au moment où le privilège commencerait... qu'enfin... il serait injuste qu'au moyen des provisions qu'un débiteur affecterait au paiement de lettres de change il pût altérer les droits de ses créanciers antérieurs et les faire primer par les postérieurs. »

Cette doctrine absolue ne devait pas prévaloir, et le rédacteur de l'arrêt de la Cour d'Aix, affirmant que le juge ne saurait créer un privilège ou droit de propriété dont la loi ne parle nullement, ne pouvait se douter que quelques années plus tard des magistrats, moins scrupuleux de la lettre de la loi, élaboreraient un système tout différent.

Le mouvement de jurisprudence en faveur du porteur ne devait pas tarder à se dessiner, grâce au raisonnement suivant : Si la provision reste la propriété du tireur, en principe, il est cependant loisible aux parties intervenant dans la lettre de change de modifier cette règle par une convention librement consentie de part et d'autre. Le tireur peut, notamment, affecter spécialement une créance contre le tiré au paiement de la lettre de change. Cette affectation spéciale, qui est un véritable contrat, dépouille en quelque sorte le tireur de sa créance contre le tiré; par suite, si le tireur vient à tomber en faillite, le contrat d'affectation spéciale sera respecté et la traite sera payée au porteur sans

qu'à celui-ci ait à subir les effets de la faillite. On ne dit pas encore que le porteur est d'emblée propriétaire de la provision, mais, par l'adjonction au contrat principal entre tireur et tiré d'un contrat accessoire, on aboutit pratiquement à lui assurer l'entier bénéfice de la provision.

Sous quelle forme doit se réaliser l'affectation spéciale ?

La jurisprudence décida d'abord qu'elle devait être mentionnée dans la lettre de change elle-même, qui devait, en outre, porter l'acceptation du tiré (2); puis elle n'exigea aucune forme particulière, l'affectation spéciale pouvant s'établir par la correspondance échangée entre le tireur et le tiré (3). Pourvu que l'accord se soit établi entre eux, l'affectation existe et produit ses effets.

Il en résulte, en particulier, que le tiré qui a reçu des valeurs avec affectation spéciale au paiement d'une traite ne peut les appliquer par compensation au paiement d'une créance qu'il aurait lui-même contre le tireur (4).

Cependant cette nécessité d'une affectation spéciale pour donner au porteur de la traite un droit sur la provision présentait des inconvénients : la conclusion de l'accord entre le tireur et le bénéficiaire et entre le tireur et le tiré nécessitait un échange de correspondance qui pouvait retarder la circulation de la traite et, en cas de difficultés ultérieures, prêter à contestation. Aussi la jurisprudence, décidée à se montrer plus favorable au porteur, va supprimer la nécessité d'un accord particulier sur l'affectation spéciale et considérer que cet accord est réalisé tacitement lorsque

(2) Caen, 27 mars 1832, cassé d'ailleurs par Cass., 3 août 1835, D., 35. 1. 348.

(3) Douai, 4 déc. 1897, D., 1900. 2. 235; Req., 9 juill. 1840, D., 40. 1. 261; Trib. com. Marseille, 13 mars 1908; *Rec. Marseille*, 08. 1. 258.

(4) Limoges, 12 avril 1911, *Revue opérations de Bourse*, 1912, 28; Cass., 15 mai 1868, D., 68. 1. 323; Rouen, 6 janv. 1849, D., 51. 2. 104.

la traite est acceptée par le tiré. Dès lors, on peut dire que l'acceptation du tiré emporte affectation spéciale de la provision au profit du porteur⁽⁵⁾.

Cet effet attaché à l'acceptation est conforme à l'équité. Il faut considérer, en effet, que par l'acceptation le tiré s'engage personnellement vis-à-vis du porteur. Or, il n'a aucun intérêt à agir ainsi s'il ne reçoit pas du tireur les moyens de payer la traite à l'échéance. C'est donc la provision qui constitue la garantie de l'accepteur. Cependant le tireur n'est nullement obligé de faire provision, et même on lui reconnaît le droit de reprendre avant l'échéance la provision préexistante, soit qu'il demande au tiré le paiement de sa créance, soit qu'il affecte cette créance au paiement d'autres effets de commerce.

Si on conçoit que le tireur soit libre de ne pas faire provision, car alors le tiré est libre de ne pas accepter, on ne saurait admettre que, lorsque l'acceptation est donnée, le tireur ait le droit de reprendre la provision. Aussi la jurisprudence reconnaît dans ce cas à l'accepteur le droit de ne pas se dessaisir de la provision⁽⁶⁾.

Sur quelle base juridique fonder ce droit de l'accepteur ?

Un arrêt de la Cour de Toulouse du 17 avril 1820⁽⁷⁾ l'a fondé sur le droit de rétention.

Mais si le droit de rétention peut, dans une certaine mesure, donner raison du droit que possède le tiré sur la provision, il est plus difficile d'en déduire le droit du porteur; ce ne sera que par contre-coup que le porteur bénéficiera de la provision. Après l'acceptation, en effet, le tiré ne peut être dépouillé de la provision sans son consentement; il

(5) Paris, 16 juin 1828, D., 28. 2. 229.

(6) Paris, 12 juin 1909, *Le Droit*, 8 avril 1910.

(7) S., 1822. 2. 7.

en résulte que, s'étant engagé personnellement envers le porteur, il aura un intérêt majeur à acquitter entre ses mains le montant de la traite à l'échéance, ce qui aboutit à donner au porteur un droit de préférence par rapport aux autres créanciers du tireur.

L'arrêt de la Cour de Toulouse précité déclare que « l'accepteur trouve dans la provision un gage qu'il est autorisé à retenir et dont le privilège s'étend indirectement au porteur ».

En conclusion, on peut dire que l'acceptation immobilise la provision entre les mains du tiré, qui l'emploiera au paiement de la lettre de change à l'échéance. Si la traite n'a pas été acceptée, le porteur n'aura aucun droit sur la provision et, en cas de faillite du tireur, sera soumis à la loi du dividende⁽⁸⁾.

Par contre, si le tiré a accepté la traite avant la faillite du tireur, la provision doit être attribuée au porteur par préférence à tous autres créanciers du tireur⁽⁹⁾.

On le voit, l'acceptation passe au premier plan, et puisque la jurisprudence en fait dépendre l'acquisition du droit du porteur sur la provision, elle devait décider que, lorsqu'il s'agit d'une traite *non acceptable*, le porteur ne saurait prétendre dans ce cas à aucun droit sur la provision⁽¹⁰⁾.

(8) Toulouse, 17 avril 1821; Paris, 4 févr. 1822; Bordeaux, 28 avril 1835, in D., *Rép. V^o Effets de commerce*, nos 226-227; Paris, 16 juin 1828; D., 28. 2. 229; Cour de cassation belge, 29 janv. 1846, D., 46. 2. 229 : « Attendu que, dès qu'il est constant qu'au moins en l'absence d'acceptation du tiré, le preneur ou porteur n'a point été saisi de la propriété de la provision et que le tireur en est resté propriétaire, il faut en conclure que, par la faillite de ce dernier, survenue avant l'échéance de la traite, la provision est restée confondue avec tous les autres biens de la faillite dans la masse au profit de ses créanciers. »

(9) Cass. belge, 25 juin 1840, Bruxelles, 19 février 1829; — *Rép. préc.*, V^o *Effets de commerce*, n^o 228.

(10) Cass., 2 mars 1837, D., 37. 1. 120; Rouen, 11 juin 1838; — *Rép. préc.* V^o *Effets de commerce*, n^o 226.

Cette seconde étape de la jurisprudence réalise sur la première un progrès en faveur du porteur, mais elle ne le met pas entièrement à l'abri de tout danger.

Il faut considérer, en effet, que le porteur n'a de droit sur la provision que par l'acceptation. Or, le tiré est entièrement libre de refuser cette acceptation, même s'il a provision, et il dépend de lui seul de donner au porteur une situation favorable. Cette insécurité pour le porteur se double d'une inélégance juridique, car on ne peut admettre raisonnablement que le tiré, qui est demeuré étranger aux conventions intervenues entre le tireur et le porteur, puisse, par une manifestation de volonté postérieure au contrat, en modifier les effets.

Aussi la jurisprudence, de plus en plus favorable au porteur de la lettre de change, devait achever son œuvre en lui accordant un droit sur la provision, indépendamment de l'acceptation, droit qui lui est acquis par le seul fait de la transmission régulière de la traite. La jurisprudence, pour justifier ce droit du porteur, décide qu'une véritable cession de créance s'opère à son profit, le tireur lui cédant sa créance contre le tiré. Nous aurons ultérieurement à examiner la valeur de cette explication, qui aboutit pratiquement à conférer au porteur le bénéfice de la provision, le preneur primitif transmettant par l'endossement régulier de la traite ses droits, aux porteurs successifs.

Ce dernier état de la jurisprudence accorde au porteur le maximum de droit sur la provision. Ce système a été ébauché, d'ailleurs, par certaines décisions très anciennes, qui restèrent longtemps isolées. Un arrêt de la Cour de Rennes du 6 février 1822⁽¹⁾ s'exprime très clairement à cet égard : « Considérant qu'aux termes de l'Ordonnance de 1673 et du

(1) D., 1825. 1. 346.

nouveau Code de commerce, la délivrance ou l'endossement régulièrement faits d'une lettre de change en transfèrent la propriété; que l'on ne doit pas appliquer au transport qui s'opère par ces moyens le principe du droit civil par lequel le cessionnaire n'est saisi, à l'égard des tiers, que par la signification du transport au débiteur ou par l'acceptation de celui-ci. Considérant que l'acceptation d'une lettre de change n'a pas pour but de donner au porteur des droits sur la provision, mais de rendre le tiré débiteur direct du propriétaire de la lettre; *que ce dernier acquiert du moment de la délivrance de ladite lettre un droit particulier et exclusif sur les valeurs destinées à la provision* et que, par conséquent, les saisies-arrêts qui pourraient être mises sur la provision par les créanciers du tireur postérieurement à la délivrance de la lettre de change n'ont aucun effet contre le propriétaire de ladite lettre. »

Dès que la traite est en circulation, le tireur est dépouillé définitivement de tout droit sur la provision affectée au porteur, sans qu'il soit besoin de l'acceptation du tiré.

La provision bénéficie au porteur même si le tiré a refusé d'accepter la traite ⁽¹²⁾ ou si le tireur lui a donné l'ordre de ne pas accepter et de tenir à sa disposition la somme dont il était créancier, et qui servait de base à la provision ⁽¹³⁾.

Cependant, pour que le porteur puisse avoir des droits sur la provision, la jurisprudence exige qu'il s'agisse d'une véritable lettre de change : une lettre de change dégénérée en simple promesse ne donnerait aucun droit au por-

(12) Paris, 31 mai 1906, D., 07. 2. 9.

(13) Cass., 2 juill. 1883, D., 84. 1. 272; — V. *contra* Trib. com. Marseille, 13 mars 1908, *Rec. Marseille*, 08. 1. 238, décidant qu'à défaut d'acceptation, le porteur n'a de droit sur la provision que si elle a été spécialement affectée à son profit par un accord intervenu entre le tireur et le tiré.

teur⁽¹⁴⁾. Elle exige aussi que la traite ait été transmise au porteur par endossement ou suivant les règles de la cession prévue par le Code civil : la simple tradition de la lettre de change à un tiers ne lui conférerait aucun droit sur cette lettre⁽¹⁵⁾.

Au terme de son évolution, la jurisprudence reconnaît donc au porteur le droit le plus large sur la provision, car elle admet couramment qu'il en est propriétaire. Ce principe étant admis momentanément, et sous réserve de précisions ultérieures, il convient d'exposer les conséquences qui en ont été déduites.

SECTION II

Conséquences générales du droit reconnu au porteur sur la provision.

Le système de la jurisprudence trouve son application dans des situations diverses, dont chacune mérite l'examen. Pour la clarté de l'exposition, nous envisagerons successivement les rapports entre le porteur et le tireur ou ses créanciers, les rapports entre le porteur et le tiré ou ses créanciers, enfin les rapports entre le porteur et les créanciers du tireur et du tiré.

§ 1. — RAPPORTS ENTRE LE PORTEUR ET LE TIREUR OU SES CRÉANCIERS.

Les rapports entre le porteur et le tireur sont, d'après la jurisprudence, ceux d'un cessionnaire avec son cédant, puisqu'elle admet que le tireur cède au porteur, en même temps

(14) Cass., 27 nov. 1865, D., 66. 1. 56; Cass. belge, 29 janv. 1846, D., 46. 2. 229.

(15) Req., 7 nov. 1908, D., 06. 1. 413; Paris, 9 juill. 1907, *Le Droit*, 1^{er} sept. 1907; Trib. com. Seine, 28 sept. 1923, *La Loi*, 22 déc. 1923.

que la lettre de change, la provision, c'est-à-dire sa créance contre le tiré.

Donc, en transmettant la traite, le tireur se dépouille de sa créance, et l'on devrait en conclure, en bonne logique, qu'il n'a plus aucun droit sur la provision, puisque le porteur en est devenu propriétaire et que la même chose ne peut appartenir en totalité à deux propriétaires à la fois.

Mais la jurisprudence, invoquant l'article 116 du Code de commerce, qui semble ne prévoir la provision qu'à l'échéance, a reconnu au tireur le droit de disposer de la provision jusqu'à l'échéance, par exemple en modifiant sa destination (16).

C'est là une contradiction formelle; elle ne saurait être acceptée, surtout depuis que la loi du 8 février 1922 transmet de droit la propriété de la provision au porteur.

D'ailleurs, si l'on consentait au tireur le droit de disposer de la provision après la mise en circulation de la traite, on aboutirait à rendre inopérant le système de garantie élaboré en faveur du porteur, surtout lorsque la traite n'a pas été acceptée, car le tiré de bonne foi ne verrait alors aucun inconvénient à se dessaisir de la provision.

Aussi la jurisprudence, sentant tout le danger d'une telle situation, permet d'éviter que le tiré ne se dessaisisse de la provision au détriment du porteur. Celui-ci n'aura qu'à faire défense au tiré de se libérer en d'autres mains que les siennes. Une saisie-arrêt n'est pas indispensable, une simple défense suffit (17).

(16) Paris, 18 avril 1833; Bordeaux, 28 avril 1835, in *Rép. Dalloz*, préc. V^o *Effets de commerce*, nos 223 et 226; — Cass. belge, 25 oct. 1906, *Annales de Droit com.*, 08. p. 254.

(17) Cass., 11 mai 1853, S., 53. 1. 401; Req., 1^{er} juin 1858, S., 58. 1. 807. — Un jugement du Trib. com. Marseille, 14 nov. 1911 (*Rec. Marseille*, 12. 1. 91), exige une saisie-arrêt et non une simple opposition.

Les rapports entre le porteur et les créanciers du tireur sont régis par la même idée que la créance du tireur a quitté son patrimoine dès que la traite a été mise en circulation. La jurisprudence décide que les saisies-arrêts pratiquées par les créanciers du tireur sur la provision après la mise en circulation de la lettre de change restent sans effet à l'égard du porteur (18).

Dans le cas de faillite du tireur, hypothèse qui a précisément servi de base au système jurisprudentiel, il faut décider que, la provision appartenant au porteur, la masse de la faillite n'a aucun droit sur elle et, par suite, que le tiré ne saurait être mis en demeure de payer au syndic de la faillite ce qu'il doit au tireur, cette dette devant permettre le paiement de la lettre de change au porteur lors de l'échéance.

La jurisprudence est aujourd'hui définitivement fixée sur ce point (19).

Bien que, pour nous, il ne s'agisse pas d'une cession de créance entre le tireur et le porteur, mais d'une affectation de la provision, comme nous l'exposerons ultérieurement, nous approuvons toutes les solutions de la jurisprudence, sauf cependant celle qui autorise le tireur à disposer de la provision existant après la mise en circulation de la traite.

(18) Aix, 9 juill. 1828, S., 30. 2. 35; Cass., 19 nov. 1830, S., 31. 1. 20; Trib. com. Marseille, 8 déc. 1904, *Rec. Marseille*, 05. 1. 97; Trib. com. Le Havre, 14 juin 1910, *Rec. Le Havre*, 10. 1. 278; Rouen, 7 févr. 1911, *Rec. Le Havre*, 41. 2. 87. — V. cependant *contra* : Trib. com. Marseille, 27 juill. 1911, *Rec. Marseille*, 12. 1. 14.

(19) Trib. com. Seine, 10 mai 1827, D., 28. 2. 228; Paris, 19 mai 1830, D., 30. 2. 236; Cass., 22 nov. 1830, S., 30. 1. 389; Cass., 15 févr. 1832, D., 32. 1. 88; Poitiers, 25 juill. 1832, D., 33. 2. 111; Cass., 2 févr. 1836, D., 36. 1. 208; Bordeaux, 3 juin 1841, J. P., 41. 2. 287; Douai, 4 déc. 1897, D., 1900. 2. 234; Limoges, 16 juill. 1898, D., 1901. 2. 318; Montpellier, 19 décembre 1912, *Mon. jur. Midi*, 19 janv. 1913.

§ 2. — RAPPORTS ENTRE LE PORTEUR ET LE TIRÉ
OU SES CRÉANCIERS.

Les rapports entre le porteur et le tiré sont différents suivant que le tiré a accepté ou non la lettre de change.

L'acceptation constitue l'adhésion du tiré aux opérations que tend à réaliser la traite, et elle a pour effet de rendre le tiré débiteur personnel du paiement envers le porteur. Tant qu'il n'a pas accepté, le tiré reste étranger à la lettre de change et il n'est tenu envers le tireur, puis envers le porteur, que comme détenteur de la provision, autrement dit, comme débiteur ordinaire en vertu d'une cause étrangère à la lettre de change. Au contraire, dès que le tiré a donné son acceptation, il contracte par là même un engagement personnel indépendant de toute provision. Dès ce moment, le tiré est, en quelque sorte, doublement débiteur, d'une part en vertu de la provision, d'autre part en vertu de son engagement personnel au paiement.

Les conséquences de ce principe ont été déduites logiquement par la jurisprudence.

Si la traite n'est pas acceptée, on admet que le porteur ne pourra agir contre le tiré que dans la mesure où le tireur peut agir contre lui; aussi le tiré pourra opposer au porteur toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au tireur : vice de consentement, incapacité, etc. Le porteur n'a, dans ce cas, aucune action directe contre le tiré ⁽²⁰⁾.

Si la traite est acceptée, le tiré est débiteur personnel du porteur, en vertu de son acceptation, et il doit alors payer la traite, qu'il y ait ou non provision. L'obligation résultant

(20) Montpellier, 13 mars 1903, *Le Droit*, 27 juin 1903; Civ., 17 janv. 1898, D., 98. 1. 79; Trib. com. Marseille, 14 nov. 1911. *Rec. Marseille*, 12. 1. 91.

de son acceptation est indépendante de celle qui découle de la provision : le porteur a une action directe contre le tiré, qui ne peut être paralysée par aucune exception opposable au tireur ⁽²¹⁾.

Une note sous un arrêt de cassation du 18 juillet 1904⁽²²⁾ résume clairement ces deux hypothèses dans les termes suivants : « Le tiré n'est tenu vis-à-vis de personne tant qu'il n'a pas accepté le mandat qui lui est donné par le tireur et qu'il n'y a pas provision. Mais, s'il a promis d'une façon quelconque au tireur qu'il payerait ou s'il a provision, il est devenu par cela même le débiteur du tireur; dès lors, le porteur aura action contre lui, du chef du tireur, plus ou moins exclusivement, suivant le parti que l'on prend sur la question de la propriété de la provision, qui a donné lieu à tant de difficultés : si l'on admet qu'il n'est pas propriétaire de la provision, il agira en vertu de l'article 1166 du Code civil; si, au contraire, on décide, avec la jurisprudence, qu'il en est propriétaire, il agira comme cessionnaire de la créance du tireur (Dijon, 27 déc. 1871, D. P., 74. 2. 237; Civ., 20 août 1873, D. P., 73. 1. 459; Civ., 10 avril 1878, D. P., 78. 1. 289. V. aussi la dissertation de M. Thaller sous Civ., 31 déc. 1894, D. P., 95. 1. 409).

» Mais le tiers porteur, qu'il agisse en vertu de l'article 1166 du Code civil ou comme cessionnaire des droits du tireur, sera obligé de subir toutes les exceptions que le tiré pourrait opposer au tireur : vice du consentement, incapacité, défaut de cause, compensation, etc.

» La situation juridique du tiré est profondément modifiée

(21) Trib. com. Le Havre, 16 nov. 1926, *Rec. Le Havre*, 26. 1. 266; Trib. com. Lyon, 8 mars 1923, *Gaz. com. Lyon*, 19 déc. 1923; Douai, 26 mai 1910, *La Loi*, 27 oct. 1910; Trib. com. Seine, 27 févr. 1920, *Gaz. Pal.*, 20. 1. 631; Rêq. 23 mars 1908, D., 08. 1. 277.

(22) D., 1905. 1. 457.

lorsqu'il accepte la lettre de change. Par son acceptation, en effet, il devient partie au contrat de change dont la lettre assure l'exécution; il consent à être traité, désormais, comme le débiteur direct et personnel de celui qui est alors porteur de la traite ou qui en sera porteur à son échéance et il renonce à lui opposer les exceptions qu'il aurait pu ou qu'il pourrait avoir à opposer au tireur; il s'oblige notamment envers le porteur à payer la traite, alors même qu'il n'y aurait pas provision à l'échéance. »

Si donc le tiré a accepté, il sera tenu envers le porteur, qu'il y ait ou non provision. Mais, s'il n'a pas accepté, il ne sera tenu qu'à raison de la provision, et la question se pose de savoir quels seront les droits respectifs du porteur et du tiré sur cette provision, spécialement quels peuvent être les effets de la compensation sur les rapports du porteur et du tiré.

Si, en effet, le tiré, débiteur du tireur au moment de l'émission de la traite, devient ultérieurement son créancier, ou encore si le tiré, créancier du tireur au moment de l'émission de la traite, devient son débiteur avant l'échéance, dans ces deux hypothèses, le tiré sera tout disposé à faire jouer la compensation à son profit. Mais on sait, d'autre part, que la jurisprudence reconnaît au porteur un droit dit de propriété sur la provision, droit confirmé par la loi du 8 février 1922. Le droit du porteur ne va-t-il pas paralyser le droit du tiré de se prévaloir de la compensation ?

Envisageons d'abord le cas où le tiré, créancier du tireur au moment de l'émission de la traite, reçoit de ce même tireur des valeurs destinées à constituer la provision. Pourrait-il y avoir véritablement provision dans cette hypothèse ? On peut soutenir que non : la provision est, en effet, la

créance du tireur sur le tiré; or, l'envoi de valeurs par le tireur n'a pas pour résultat final de le rendre créancier du tiré, car, au moment même où la créance prend naissance, elle est éteinte par la compensation. Les termes particulièrement énergiques de l'article 1290 ne sauraient laisser de doute à cet égard puisque « la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs, les deux dettes s'éteignant réciproquement *à l'instant où elles se trouvent exister à la fois* ». Dès le moment où elle existe, la créance du tireur résultant de l'envoi de valeurs se trouve éteinte. On ne concevrait donc pas que cette créance puisse être l'objet d'un droit au profit du porteur, car, dans le temps, la naissance de la créance précède forcément son affectation, et l'affectation ne peut s'opérer puisque la créance s'éteint à l'instant même où elle naît. On pourrait aussi invoquer l'article 116 du Code de commerce, dont les termes paraissent indiquer que c'est à l'échéance qu'il faut se placer pour savoir s'il y a ou non provision, ce qui peut laisser supposer qu'avant l'échéance la compensation reste possible. Donc, suivant cette opinion, le tiré, créancier du tireur au moment de l'émission de la lettre de change, pourrait se prévaloir à l'encontre du porteur de la compensation opérée entre sa créance et celle que le tireur aurait acquise contre lui avant l'échéance. Il reste entendu, cependant, que pour se produire, la compensation reste soumise aux conditions ordinaires et qu'en particulier les deux créances doivent porter sur des choses fongibles, être liquides et exigibles. Il est certain également que si la créance du tiré est inférieure au montant de la créance du tireur, la compensation laissera subsister un solde, qui constituera une provision partielle sur laquelle le porteur aura des droits qui seront définis ultérieurement.

D'ailleurs, pour empêcher la compensation de se produire, le tireur dispose d'un moyen simple : c'est l'affectation spéciale de sa créance au paiement de la traite; il lui est donc loisible de se garantir et de garantir le porteur contre les effets de la compensation.

Telle est la première opinion qui peut être soutenue dans cette hypothèse. Il est possible, cependant, de soutenir que la compensation ne saurait se produire.

On peut dire, en effet, que les règles du droit civil ne s'appliquent en matière commerciale qu'à titre supplétif, soit lorsque le Code de commerce renvoie lui-même à la législation civile, soit lorsqu'on peut déduire de son silence la nécessité de recourir au droit commun. Or, dans l'espèce, il existe une disposition formelle, dans la loi commerciale, qui attribue au porteur la provision. La législation commerciale doit donc prévaloir, d'autant plus qu'elle est postérieure à la loi civile et qu'une loi nouvelle peut toujours modifier une loi ancienne.

Il en résulte que si la créance du tireur sur le tiré est acquise *de droit* au porteur, la compensation ne peut se produire, car, dès qu'elle existe, cette créance est réservée au porteur. S'il en était besoin, on pourrait d'ailleurs invoquer, pour confirmer cette opinion, une disposition de la loi civile elle-même : l'article 1298 du Code civil, qui dispose que « la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers ».

Si la question de l'application de la compensation se pose lorsque le tiré, créancier du tireur au moment de l'émission de la lettre de change, devient ultérieurement son débiteur, il ne semble pas qu'il puisse y avoir de doute dans le cas où le tiré, débiteur du tireur au moment de l'émission de la traite, devient son créancier entre l'émission et l'échéance.

En effet, on doit décider logiquement que dans cette dernière hypothèse la compensation ne peut pas s'opérer, car, dès l'émission de la lettre de change, le porteur a acquis sur la provision un droit auquel nul ne doit porter atteinte. Peu importe que par la suite le tiré devienne créancier du tireur, en aucun cas la compensation ne pourra se produire, car on sait qu'elle ne peut avoir lieu au préjudice des droits acquis à un tiers.

L'attitude de la jurisprudence en cette matière ne paraît pas pleinement logique, car, sans même faire la distinction établie précédemment, elle décide qu'en toute hypothèse le tiré peut se prévaloir de la compensation légale, qui peut s'opérer jusqu'à l'échéance de la lettre de change⁽²³⁾. Cette décision générale, aussi peu conforme aux principes juridiques qu'à la protection des droits du porteur, paraît inspirée de l'argument de texte tiré de l'article 116 du Code de commerce et de la facilité laissée au tireur d'empêcher la compensation en réalisant l'affectation spéciale de la provision ou en adressant au tiré une simple défense⁽²⁴⁾.

(23) Trib. com. Marseille, 22 mai 1906, *Rec. Marseille*, 1906. 1. 366 : « ...Attendu qu'aux termes de l'article 116 C. com., il y a provision si, à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change; attendu qu'il résulte de l'article ci-dessus et de l'interprétation que lui donne la jurisprudence qu'il importe peu pour que le tiré non accepteur soit tenu, qu'une provision ait existé au moment de la création de la lettre de change; qu'il faut que cette provision existe au moment de l'échéance; attendu, en l'espèce, que si la provision a été à un moment donné entre les mains de C... B..., elle a disparu en grande partie par l'effet automatique de la compensation légale, à l'instant où ce dernier, dans l'intervalle, par le seul fait du non-paiement de sa traite, est devenu créancier de C... d'une somme liquide et exigible; attendu, en conséquence, que la provision à l'échéance des traites C sur C... B... consistait seulement dans la différence entre la facture C... et la facture C... B... ». — Cass. belge, 1^{er} juill. 1909, *Pasic.*, 09. 1. 336.

(24) Cass., 11 mai 1853, D., 53. 1. 142; Cass., 1^{er} juin 1858, S., 58. 1. 807.

Les rapports entre le porteur et le tiré soulèvent une autre difficulté, au moins aussi grave que la précédente :

Il a déjà été indiqué que, malgré le droit du porteur sur la provision, la jurisprudence reconnaissait au tireur le droit de disposer de cette même provision jusqu'à l'échéance. Nous avons protesté contre une semblable opinion, inadmissible en droit. Nous voulons indiquer maintenant que cette opinion est inadmissible en fait, car elle peut aboutir aux conséquences les plus injustes.

Supposons, en effet, qu'après avoir constitué provision aux mains du tiré, le tireur mette en circulation une lettre de change qui n'est pas présentée à l'acceptation par le porteur. Avant l'échéance, le tireur demande au tiré le paiement de sa créance originaire. Le tiré, qui n'a pas accepté la traite et qui, probablement même, ignore son existence, règle sa dette entre les mains du tireur, et n'a d'ailleurs aucun moyen légal de refuser ce paiement. Arrive l'échéance, le porteur s'adresse au tiré et lui demande le paiement. En vain le tiré objecterait-il qu'il ne peut payer parce que la provision destinée au paiement a disparu entre les mains du tireur : le porteur répondra qu'il était propriétaire de cette provision de par la loi, que le tiré n'avait nullement le droit d'en disposer et que, s'il a agi ainsi, c'est à ses risques et périls. D'où la conséquence que le tiré, ayant mal payé entre les mains du tireur, serait contraint de payer une seconde fois entre les mains du porteur.

Certes, la mauvaise foi du tireur, dans la circonstance, est évidente, mais il n'en reste pas moins que le porteur peut invoquer la loi en sa faveur.

Ce conflit entre le porteur et le tiré est grave. Il ne paraît s'être présenté devant les tribunaux que sous une forme un peu différente, le Tribunal de commerce de Marseille, dans

un jugement du 14 novembre 1924 ⁽²⁵⁾ ayant décidé que si le tiré, quoique avisé par le tiers porteur, paie sa dette à son vendeur, cet indu paiement ne le libère pas à l'égard du porteur, auquel il doit régler le montant de la lettre de change, sauf son recours contre le vendeur.

Dans cette hypothèse, l'avertissement donné au tiré devait lui éviter toute imprudence, mais que décider dans le cas où le tiré ignorerait l'émission de la traite ?

Est-il possible de résoudre la question d'une manière équitable ?

On pourrait, tout d'abord, conseiller au tiré de payer le porteur pour éviter toute poursuite et de se retourner contre le tireur pour lui demander le remboursement, en se fondant sur son enrichissement injuste, mais c'est là un procès qu'il faut imposer au tiré.

Il semble qu'une solution meilleure pourrait être adoptée par le tiré : ce serait d'invoquer contre le porteur qui sollicite le paiement l'article 1240 du Code civil, qui déclare valable le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance ⁽²⁶⁾. Il y aurait là, croyons-nous, un moyen indirect de protection pour le tiré, et le porteur, se retournant contre les endosseurs ou le tireur, obtiendrait son paiement.

Toutefois, ces deux solutions demeurent très imparfaites, car elles n'aboutissent pas à des résultats satisfaisants, justement dans le cas de faillite du tireur.

Quel est le cas dans lequel le tireur sera tenté de réclamer la provision au tiré tout en ayant mis en circulation une lettre de change ? Ce sera précisément celui où, préoccupé de ses échéances et entrevoyant une cessation des paiements

(25) *Rec. Marseille*, 1926. 1. 188.

(26) M. le Doyen Ferron : A son cours de Droit commercial.

prochaine, il cherchera à se procurer de l'argent par tous les moyens possibles. S'il tombe en faillite, après avoir retiré la provision des mains du tiré, ou bien ce sera le tiré qui sera lésé par la faillite, dans la première solution, ou bien ce sera le porteur, dans la deuxième, s'il n'existe pas d'endosseur.

On le voit, il est impossible d'admettre, autant juridiquement que pratiquement, que le tireur ait le droit de disposer de la provision après la mise en circulation de la traite. Le tireur est libre de faire ou de ne pas faire provision, mais, dès le moment où la provision existe, elle doit, sans exception possible, demeurer affectée au porteur.

Nous indiquerons par la suite le moyen de faire réfléchir le tireur, dans le cas où il serait tenté d'exercer des droits qui ne lui appartiennent plus.

D'autres conflits peuvent aussi s'élever, non plus entre le porteur et le tiré, mais entre le porteur de la lettre de change et les créanciers du tiré, lorsque ce dernier est tombé en faillite avant l'échéance.

Notons, tout d'abord, que le porteur n'aura pas d'intérêt particulier à entrer en conflit avec la faillite du tiré dans la plupart des cas, c'est-à-dire lorsque le tireur sera solvable; il est en effet facile au porteur, à défaut de paiement du tiré, de s'adresser au tireur, qui le paiera. En ce qui concerne le porteur, la question ne présente d'intérêt que lorsque le tireur est également en faillite, hypothèse qui sera examinée ultérieurement.

Il convient de mettre à part, car il ne saurait créer de difficulté, le cas où le tiré a accepté la lettre de change, mais où la provision n'a jamais existé, ou n'existe plus au moment de la faillite. Le porteur de la traite ne peut dans cette hypothèse poursuivre le tiré qu'en vertu de son accepta-

tion; il n'est qu'un simple créancier sans garantie spéciale, et, comme tel, il devra subir la loi du concours dans la faillite de son débiteur, sauf son recours contre le tireur pour le surplus.

Mais que décider si la provision existe au moment de la faillite du tiré ?

Le principe admis par la jurisprudence est que la faillite survenue avant l'échéance détruit la provision existante. Le failli est, en effet, dessaisi désormais de l'administration de ses biens, et sa dette, qui constituait la provision, est devenue, par l'effet de la faillite, indisponible et non exigible. Il en résulte qu'aux termes mêmes de l'article 116 du Code de commerce, il n'y a pas provision. Un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 10 février 1824 ⁽²⁷⁾, a mis en lumière ce principe dans les termes suivants :

« Attendu qu'en admettant dans l'espèce que l'accepteur fût redevable au tireur, au moment de l'acceptation, d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change, il ne l'était pas à l'échéance, en ce sens qu'il eût la faculté de faire servir la provision au paiement de la lettre de change, ou qu'il fût possible de l'y contraindre, *puisque sa faillite survenue l'avait dessaisi, de plein droit, de l'administration de tous ses biens* (art. 442, aujourd'hui 443); que la provision est naturellement aux risques du tireur jusqu'au jour de l'échéance puisque c'est ce jour-là qu'il a promis de faire payer; qu'il ne lui suffit pas, pour remplir son obligation, de prouver que ce jour-là l'accepteur lui était *nominalement* redevable lorsqu'il est évident que la dette n'était *ni disponible, ni exigible* et que l'accepteur, dessaisi de toutes ses actions, actives et passives, était rela-

(27) S., 1824. 2. 120.

tivement au porteur de la traite comme s'il n'avait pas été redevable. » (28).

La faillite du tiré a donc un effet absolu vis-à-vis de la provision : elle l'anéantit, au point que le porteur négligent conserve son recours contre le tireur, malgré que celui-ci ait constitué provision antérieurement à la faillite. Un arrêt de la Chambre civile du 30 mars 1844 (29) s'exprime en termes formels à ce sujet : « Attendu qu'à l'égard du porteur d'une lettre de change, il faut, pour décharger le tireur de la garantie, que la provision soit réelle et exigible au moment de l'échéance; que, dans l'espèce, l'arrêt déclare qu'il y avait provision, parce que les Frères S..., tireurs, se trouvaient à l'échéance créanciers des tirés de plus forte somme; mais qu'il reconnaît en même temps qu'à cette époque la maison C..., tirée, était déjà en faillite; qu'il suit de là que la provision n'était plus exigible et disponible dans leurs mains puisque, aux termes de l'article 442 du Code de commerce, le failli est dessaisi de plein droit de l'administration de ses biens; qu'ainsi l'arrêt attaqué, en déclarant qu'il n'y avait pas provision valable à l'échéance de la lettre de change et en condamnant les Frères S... à en payer le montant, n'a fait qu'une juste application de la loi. » (30).

Cependant si la faillite du tiré détruit la provision dans les rapports porteur-tireur et porteur-tiré, il n'en demeure pas moins que la provision subsiste dans les rapports du tireur et du tiré, en ce sens que la faillite n'enlève pas au tireur sa qualité de créancier du tiré et qu'il lui est possible de produire dans la faillite, comme un créancier ordi-

(28) V. dans le même sens, Paris, 12 août 1837, D., 38. 2. 20.

(29) S., 1844. 1. 302.

(30) V. dans le même sens, Cass., 24 janv. 1912 et note de M. Bourcart, S., 17. 1. 124.

naire, à l'effet de recevoir un dividende. Comme, d'autre part, on reconnaît au porteur la qualité de cessionnaire du tireur, on est amené à admettre que le porteur a la possibilité de produire dans la faillite du tiré aux lieu et place du tireur, comme créancier chirographaire⁽³¹⁾. Il est évident que si le tireur est solvable, le porteur n'exercera pas ce droit, c'est le tireur qui produira dans la faillite du tiré pour essayer d'obtenir le remboursement de ce qu'il aura payé au porteur.

Le principe que la faillite du tiré détruit la provision comporte des exceptions importantes, en vertu des règles mêmes de la faillite. Les articles 574 à 576 du Code de commerce permettent, en effet, de revendiquer dans la faillite les « remises en effets de commerce ou autres titres non encore payés, et qui se trouveront en nature dans le portefeuille du failli... lorsque ces remises auront été faites par le propriétaire, avec le simple mandat d'en faire le recouvrement et d'en garder la valeur à sa disposition, ou lorsqu'elles auront été, de sa part, spécialement affectées à des paiements déterminés ». Pourront être revendiqués « aussi longtemps qu'elles existeront en nature... les marchandises consignées au failli à titre de dépôt ou pour être vendues pour le compte du propriétaire », ou encore « le prix ou la partie du prix desdites marchandises qui n'aura été ni payé,

(31) Nous rappelons que, personnellement, nous ne considérons pas le porteur comme un véritable cessionnaire du tireur.

Toutefois nos conclusions sont les mêmes sur ce point que celles qui viennent d'être exposées. Le porteur auquel est affectée la provision est dans une situation comparable à celle d'un créancier qui aurait reçu en gage une créance. Or, dans ce cas, le créancier a le droit de poursuivre le recouvrement de la créance donnée en gage. L'article 91 du Code de commerce précise que : « Les effets de commerce donnés en gage sont recouvrables par le créancier gagiste. » Nous ne faisons, en conséquence, aucune difficulté pour admettre le porteur à produire dans la faillite du tiré.

ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le failli et l'acheteur ». Enfin, la revendication pourra s'exercer sur « les marchandises expédiées au failli, tant que la tradition n'en aura point été effectuée dans ses magasins ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour le compte du failli ».

Si donc le tireur se trouve créancier du tiré au moment de la faillite, en vertu d'une des causes énumérées ci-dessus, il pourra revendiquer ce qu'il aura donné au tiré. Mais le porteur pourra-t-il prétendre à un droit quelconque sur ces marchandises ou valeurs ? Telle est la question qui peut se poser.

Il est à remarquer que de nombreux auteurs, pensant résoudre le problème, l'ont compliqué d'une équivoque. Ils indiquent, en effet, que le droit du porteur sur la provision dépend de la *nature* de cette provision : si c'est une simple créance d'argent, le porteur est mis au rang des créanciers chirographaires, mais si, au contraire, la provision consiste en marchandises ou en effets de commerce sur lesquels on peut invoquer un droit de propriété, le porteur fera valoir ce droit de propriété et sera payé par préférence aux autres créanciers ⁽³²⁾. MM. Lyon-Caen et Renault paraissent admettre ce raisonnement lorsqu'ils écrivent : « L'influence de la faillite du tiré sur la provision dépend de la *nature* de celle-ci. Si le tiré était simplement débiteur d'une somme d'argent envers le tireur, la créance de celui-ci, qui constitue la provision, est dans la même condition que les autres créances formant la masse... La faillite... ne porte aucune atteinte à la provision toutes les fois qu'on peut invoquer un droit de propriété au lieu d'un simple droit de créance...

(32) Haour, *op. cit.*, p. 86; Adatto, *op. cit.*, p. 63; Baicoianu, *op. cit.*, p. 58.

Les intéressés... feront, en pareil cas, valoir leurs droits à la provision malgré la faillite du tiré. » (33).

L'équivoque consiste à soutenir que *la nature* de la provision est variable et qu'elle peut consister soit dans une créance, soit dans un objet matériel.

On retrouve ici la confusion signalée déjà au début de cette étude à propos de la nature de la provision, confusion que nous nous sommes efforcé de dissiper. La nature de la provision est en effet *invariable*, car elle consiste toujours dans la créance du tireur sur le tiré.

Les conséquences de l'équivoque qui vient d'être signalée sont importantes. Si l'on admet, en effet, que le droit du porteur est variable « suivant la nature de la provision », il faut admettre que dans le cas présent le porteur, propriétaire de la provision d'après les termes de la loi, a le droit de revendiquer les valeurs qui se trouvent dans le patrimoine du tiré failli, tout comme le tireur a le droit de le faire dans les conditions prévues par le Code de commerce. La jurisprudence n'a pas osé aller jusque-là, et, tout en accordant au porteur des pouvoirs très larges, elle ne lui reconnaît pas le droit de revendication. On retrouvera, d'ailleurs, exposée ultérieurement, la question des droits du porteur sur les marchandises ou valeurs qui servent de base à la provision. Dans le cas présent de faillite du tiré, la jurisprudence décide que le porteur n'a de droit que sur *le prix* résultant de la vente des valeurs envoyées par le tireur au tiré failli et que le porteur ne saurait prétendre à aucun droit direct sur les valeurs elles-mêmes, d'où il résulte que si ces valeurs quittent le patrimoine du failli avant d'avoir été vendues la provision disparaît.

(33) Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, t. IV, n° 173.

La jurisprudence a eu l'occasion de dégager cette solution dans l'espèce suivante, qui mérite d'être signalée :

Un commerçant envoyait des marchandises à un commissionnaire consignataire avec mandat de les vendre. Le commettant tire sur le commissionnaire deux traites au profit de la Société Générale. Le tiré accepte les traites, mais tombe en faillite. Au moment de la déclaration de faillite, il restait encore dans les magasins du commissionnaire une certaine quantité de marchandises qui n'avaient pas été vendues. Le syndic de la faillite, au lieu de garder ces marchandises, les restitue au commettant, ou plutôt à deux liquidateurs amiables chargés de régler sa situation. Les liquidateurs offrent au porteur des traites un dividende correspondant au montant des lettres de change. Mais le porteur refuse, prétendant qu'il avait un droit exclusif sur le produit de la vente des marchandises opérée par les liquidateurs, et qui servait de base à la provision des lettres de change.

La Cour de Rouen, par un arrêt du 11 novembre 1903 ⁽³⁴⁾, a rejeté la prétention du porteur en ces termes : « Attendu que la Société Générale a été saisie par le fait de l'endossement, de la propriété de la provision existant aux mains de L... au moment de l'échéance; Attendu que cette provision ne consistait pas dans les marchandises, mais dans la créance éventuelle de D.. sur L... du prix résultant de la vente de ces marchandises; que l'éventualité à laquelle était ainsi subordonnée la créance formant la provision était l'exécution par L... du contrat de commission au moyen de la vente de ces marchandises, et qu'à défaut de cette vente, elle ne s'est pas réalisée; Attendu qu'il appartenait sans doute

(34) S., 1905. 2. 169.

au syndic de poursuivre l'exécution du contrat de commission et de vendre les marchandises; que, de même, en cas de refus du syndic d'intervenir, la Société Générale aurait pu saisir la marchandise et en provoquer la vente aux lieu et place de L..., mais qu'à défaut de toute diligence à cette fin, la créance éventuelle formant la provision s'est évanouie...; qu'en conséquence, si la Société Générale doit être admise en qualité de créancière chirographaire, elle ne peut prétendre à aucun droit de préférence sur le produit de la vente faite par les liquidateurs. » (35).

Si l'on se demande maintenant comment la Cour de Rouen a pu dire que la Société Générale aurait pu saisir la marchandise et en provoquer la vente aux lieu et place du tiré, il faut se souvenir que dans cette espèce la lettre de change avait été acceptée et que l'acceptation du tiré avait eu pour résultat d'affecter spécialement la marchandise dont il s'agit au paiement de la traite, en conférant au porteur un droit de gage sur cette marchandise. C'est en vertu de ce droit de gage que le porteur aurait pu pratiquer une saisie.

D'autre part, le tireur pourrait-il user de la revendication sans payer le porteur ? Non, semble-t-il, car le tireur sait que la provision sert de garantie au porteur; comme c'est lui qui l'a constituée, il doit être considéré comme ayant renoncé par là même à user de la revendication qui anéan-

(35) V. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1906 : *Examen doctrinal de jurisprudence commerciale*, par M. Arthuys, p. 213 et s. L'auteur indique ce qui aurait dû être fait dans l'espèce précitée : le syndic de la faillite du tiré ne devait pas restituer les marchandises, et les liquidateurs du tireur n'avaient pas le droit de les reprendre, car ils faisaient disparaître ainsi la créance qui constituait la provision. La seule ressource qui restait au porteur consistait dans des actions en dommages-intérêts contre les auteurs des irrégularités commises. — V. dans le même sens, note de M. le conseiller Dalmbert sous arrêt Rouen, précité, in S 1905. 2. 169.

tirait la provision. Qui doit garantie ne peut évincer; il en résulte pour le porteur le droit de se faire payer le prix des marchandises que le tireur voudrait reprendre pour les faire vendre.

Pour conclure sur ce point, nous déciderons que le porteur ne saurait avoir aucun droit direct sur les marchandises ou valeurs envoyées au tiré par le tireur, et qui servent de base à la provision, en dehors de toute acceptation ou d'affectation spéciale. Nous admettrons, d'autre part, que le tireur ne pourrait revendiquer ces marchandises ou valeurs dans la faillite du tiré sans payer au porteur la valeur de la lettre de change.

§ 3. — RAPPORTS ENTRE LE PORTEUR ET LES CRÉANCIERS DU TIREUR ET DU TIRÉ.

Il peut arriver que le tiré et le tireur tombent tous les deux en faillite avant l'échéance de la lettre de change.

Quels seront les droits du porteur dans ce cas ?

Si la traite est acceptée, ou s'il y a provision, le porteur produira dans les deux faillites pour le montant de la lettre de change, mais comme il ne saurait recevoir plus qu'il ne lui est dû, il ne sera colloqué dans la faillite du tireur que sur la différence entre le montant de la traite et le dividende qu'il aura touché dans la faillite du tiré.

Si la traite n'est pas acceptée et s'il n'y a pas provision, le porteur ne pourra produire que dans la faillite du tireur.

Si la provision repose sur des marchandises ou valeurs susceptibles d'être revendiquées par la faillite du tireur dans la faillite du tiré, on retombe dans l'hypothèse jugée par la Cour de Rouen, et l'on doit décider que le porteur doit être payé par préférence sur le prix de ces valeurs ou marchandises.

S'il y a affectation spéciale ou si la traite est acceptée, la faillite du tireur ne peut, en effet, prétendre à aucun droit sur ces valeurs, qui ont été spécialement destinées au paiement de la lettre de change et qui sont sorties du patrimoine du tireur avec cette destination.

S'il n'y a ni affectation spéciale ni acceptation, la faillite du tireur ne peut pas davantage s'approprier ces marchandises ou valeurs, car le tireur doit être considéré comme ayant renoncé à son droit à la revendication, le bénéfice de la provision étant réservé au porteur.

Donc, en toute hypothèse, le porteur sera payé sur le prix des marchandises ou valeurs, car les créanciers du tiré failli ne sauraient faire valoir aucun droit sur des objets qui n'appartiennent pas à leur débiteur.

On peut constater, d'après ces règles, que malgré la *propriété de la provision* le porteur n'est pas à l'abri de tout risque, car, bien qu'il ait le droit de produire dans la faillite du tireur et du tiré, il est possible qu'il n'obtienne finalement qu'un dividende total inférieur au montant de la lettre de change.

SECTION III

Conséquences du droit reconnu au porteur sur la provision dans quelques cas particuliers.

Après avoir examiné les conséquences générales du droit reconnu au porteur sur la provision, il convient d'entrer dans quelques détails. Il ne suffit pas, en effet, de dire que la provision est attribuée au porteur, il faut aussi savoir quand il y a provision, autrement dit, quand le tireur doit être considéré comme créancier du tiré. La question présente parfois quelque difficulté dans la pratique. Il est né-

cessaire également de délimiter le périmètre du droit du porteur, notamment dans les cas où la provision se présente sous une physionomie particulière.

Nous sommes ainsi conduit à envisager successivement les questions suivantes :

Provision ayant pour base des marchandises;

Provision assortie de garanties accessoires;

Provision partielle;

Provision faite en période suspecte;

Provision réalisée après l'échéance;

Provision et compte courant;

Provision et ouverture de crédit;

Provision et effets de complaisance.

§ 1. — PROVISION AYANT POUR BASE DES MARCHANDISES.

Nous avons indiqué que la créance du tireur sur le tiré pouvait prendre naissance pour des causes très diverses. Dans la pratique, cette créance aura très fréquemment pour cause l'envoi de marchandises au tiré par le tireur; la question se pose donc de savoir à quel moment prendra naissance cette créance, circonstance d'un intérêt primordial pour le porteur, qui n'aura évidemment de droit utile sur la provision que lorsque celle-ci existera.

Faut-il, pour qu'il y ait provision, que les marchandises destinées au tiré lui soient parvenues, ou suffit-il qu'elles lui aient été envoyées, ou même qu'elles aient été individualisées dans les magasins du tireur ?

La jurisprudence de la Cour de cassation paraît nettement établie sur ce point : Pour qu'il y ait provision, il faut que la propriété des marchandises ait été transmise au tiré, autrement elles restent à la disposition du tireur et, en cas

de faillite, constituent un élément de son actif. Notamment, si un négociant crée des traites, qu'il fait ensuite escompter, à raison de marchandises qui ne sont expédiées aux acheteurs qu'ultérieurement après la déclaration de faillite de ce négociant, et si le syndic, qui a fait l'expédition des marchandises, les a alors affectées au paiement de nouvelles traites qu'il a lui-même créées, avant que les premières fussent échues, le porteur de ces premières traites n'a aucun droit à la provision.

Pour bien préciser l'hypothèse, nous reproduisons ci-après l'arrêt de la Cour de Nancy du 3 novembre 1891 qui motiva la décision de la Cour suprême : « La Cour; — Attendu qu'à la date du 31 octobre 1890, la veuve Pierson, fabricante de chaussures à Nancy, aujourd'hui en faillite, escompta chez Lenglet et Cie un certain nombre de traites par elle créées pour fournitures de marchandises sur huit de ses clients, et s'élevant à la somme de 11.336 fr. 80; — Attendu que cette somme lui fut immédiatement versée par le banquier, à qui elle transporta en même temps les valeurs escomptées par un endossement régulier; — Attendu qu'à l'époque de cette opération, la veuve Pierson était encore *in bonis* et investie de la plénitude de ses droits; — Attendu que cette cession n'a pas été attaquée par le syndic et qu'elle a pour conséquence de constituer Lenglet et Cie créanciers directs des débiteurs tirés, sous cette condition que, conformément à l'article 116 du Code de commerce, ceux-ci auraient reçu provision suffisante antérieurement à l'échéance des valeurs transportées; — Attendu que cette condition s'est, en effet, réalisée, et que le syndic, exécutant les engagements que la veuve Pierson aurait pris avant sa faillite, expédia successivement les marchandises aux débiteurs tirés, avant l'échéance des valeurs dont Lenglet était tiers porteur, et

dont il est ainsi devenu, par l'effet de cette provision, titulaire définitif et créancier direct à l'égard des débiteurs tirés; — Attendu que la déclaration de cette faillite n'a pas pour résultat de rompre les obligations contractées par le failli alors qu'il était encore *in bonis*, et que le syndic, qui le représente, est tenu de les remplir, sous peine de s'exposer à une action en dommages-intérêts de la part des intéressés; qu'il est inexact de soutenir, ainsi que le prétend le syndic, qu'une convention nouvelle s'est formée entre lui et les clients de la maison et que, les marchandises livrées étant sorties de l'actif de la masse, celle-ci est devenue créancière de leur prix; — Attendu, en effet, que le syndic se trouvant à son entrée en fonctions en présence d'engagements antérieurs pris par la veuve Pierson vis-à-vis de sa clientèle, s'est borné, comme il en avait le devoir, à expédier aux acheteurs les marchandises qu'ils avaient commandées et à exécuter par ces livraisons des obligations préexistantes à la faillite, et que celle-ci avait laissées subsister; — Attendu, enfin, qu'il résulte des documents de la cause que, dès le 29 octobre 1890, les marchandises formant l'objet des valeurs escomptées le 31 avaient été facturées par la veuve Pierson et que les factures avaient été régulièrement établies par leur inscription en report sur son livre-journal; — Attendu, d'autre part, qu'il ressort également des renseignements de la procédure et des débats qu'au jour de la déclaration de faillite, les marchandises avaient déjà été individualisées et affectées spécialement à chacune des commandes qu'elles étaient destinées à satisfaire, de telle sorte qu'elles formaient, en réalité, des corps certains, qu'elles ne s'étaient jamais confondues avec l'actif de la faillite, et que la Cour est autorisée, en l'absence de preuve contraire de la part du syndic, à les considérer comme étant devenues dès cette époque la propriété des acheteurs, c'est-à-dire des

débiteurs tirés; — Par ces motifs; — Dit que Lenglet et Cie ont le droit de toucher, en leur qualité de cessionnaires, les sommes qui leur ont été transportées par la veuve Pierson sur ses acheteurs, en vertu des traites, savoir 11.336 fr. 80, le tout conformément aux traites enregistrées dont Lenglet et Cie sont porteurs... »⁽³⁶⁾.

Cet arrêt fit l'objet d'un pourvoi en cassation et la Cour suprême, par arrêt de sa Chambre civile du 31 décembre 1894, rejeta la thèse de la Cour de Nancy dans les termes suivants : « ...Attendu que le porteur d'une lettre de change ne peut avoir de droit sur la provision que lorsqu'elle a été réalisée et qu'elle existe entre les mains du tiré; qu'autrement les valeurs destinées à la provision restent à la disposition du tireur et forment, s'il tombe en faillite, un des éléments de son actif; — Attendu, dans l'espèce, qu'il est établi par les qualités de l'arrêt attaqué que les marchandises à raison desquelles la dame Pierson a créé les traites qu'elle a fait escompter, le 31 octobre 1890, par Lenglet et Cie, n'ont été expédiées aux acheteurs qu'après la déclaration de faillite de ladite dame, et que le syndic qui a fait l'expédition les a alors affectées au paiement de nouvelles traites, les premières n'étant pas échues, qu'il a lui-même créées; qu'il n'importe que, d'après le même arrêt, ces marchandises eussent déjà, au jour de la déclaration de faillite, été individualisées par la venderesse et affectées par elle à chacune des commandes auxquelles elles devaient satisfaire; que, dans les ventes sur commandes de choses qui se comptent, se pèsent ou se mesurent, la propriété, en effet, n'est, en principe, transférée à l'acheteur que lorsque la marchandise est sortie des magasins du vendeur et a été

(36) S., 1897. 4. 214.

remise au voiturier; que, dès lors, en déclarant que Lenglet et Cie avaient le droit de toucher, en qualité de cessionnaires, le montant des traites qui leur avaient été remises par la dame Pierson sur ses acheteurs et en condamnant le syndic à leur restituer les sommes qu'il aurait encaissées sur ceux-ci, l'arrêt attaqué a violé l'article de loi ci-dessus visé (art. 116 C. com.); — Casse... » (37).

La Cour de cassation applique le même principe, même si le tiré a accepté une traite à découvert, cette acceptation n'ayant d'autre effet que d'obliger directement le tiré envers le porteur, mais ne donnant pas au tiré le droit d'exiger la livraison des marchandises sans en payer le prix à la faillite (38).

Cette manière de voir de la Cour suprême nous paraît contestable; nous indiquons, d'ailleurs, qu'elle n'a pas été adoptée par la Cour de Paris, qui, dans un arrêt du 9 novembre 1907 (39), a décidé que lorsque les marchandises commandées par le tiré ont été individualisées dans leur forme et leur destination, il existe une provision pour la totalité des traites représentant le montant desdites marchandises, alors même qu'elles n'auraient pas été livrées en totalité. Il en résulte qu'en cas de faillite du tiré, le tireur doit être admis par privilège jusqu'à concurrence de la provision.

Cette dernière décision paraît plus satisfaisante que la précédente. Il faut, d'ailleurs, remarquer que la Cour de cassation, dans ses deux arrêts du 31 décembre 1894, indique que l'individualisation est insuffisante « *en principe* », d'où l'on peut conclure à la possibilité d'exceptions.

(37) S., 1897. 1. 215.

(38) Cass., 31 déc. 1894, S., 97. 1. 216.

(39) *Le Droit*, 20 déc. 1907.

Il y a notamment une exception importante en faveur des titres au porteur, la jurisprudence décidant que les titres au porteur trouvés dans la faillite d'un agent de change ou d'un banquier peuvent être revendiqués par les tiers pour le compte desquels ils ont été achetés lorsque ces titres sont individualisés au nom de ces tiers, et, par exemple, entourés d'une étiquette portant leur nom ⁽⁴⁰⁾. M. Thaller, il est vrai, tente de justifier cette exception en alléguant « une situation particulière s'expliquant par l'équivalence, pour l'acheteur, de tous les numéros d'une même série de titres, la nature de la chose vendue se trouvant alors très nettement délimitée et le client ne pouvant pas refuser la livraison si elle est de l'espèce convenue » ⁽⁴¹⁾, mais son argumentation ne semble pas péremptoire et la solution de la Cour suprême sur l'individualisation des marchandises a donné lieu à des critiques sérieuses ⁽⁴²⁾.

Supposons maintenant que les marchandises aient été envoyées au tiré; l'envoi sera-t-il suffisant pour le constituer débiteur du tireur ? Non. Il faut encore que le tiré accepte les marchandises : s'il les refuse, la provision ne prend pas naissance ⁽⁴³⁾. Cependant un refus sans motif sérieux n'empêcherait pas la provision d'exister ⁽⁴⁴⁾.

A plus forte raison, si les marchandises n'ont pas été expédiées ou si elles n'ont pas été reçues, il ne saurait y avoir provision ⁽⁴⁵⁾. Il en est de même si la marchandise a été expédiée au tiré sans affectation spéciale et si des

(40) Cass., 9 janv. 1888, S., 91. 1. 54.

(41) V. note Thaller sous arrêts précités, in D., 1898. 1., p. 409 et s.

(42) V. note sous arrêts précités, in S., 1897. 1. 214.

(43) Req., 19 janv. 1847, D., 47. 1. 109; Trib. com. Rouen, 11 juill. 1902, *Gaz. Pal.*, 02. 2. 619; Pau, 25 oct. 1912, *Gaz. Pal.*, 13. 1. 298.

(44) Dijon, 27 déc. 1871, D., 74. 2. 237.

(45) Cass., 14 mai 1873, S., 73. 1. 374; Trib. com. Rouen, 11 juill. 1902, *Gaz. Pal.*, 02. 2. 619.

tiers s'en sont emparés. Dans ce dernier cas, le tiers porteur, en particulier, n'a aucune action contre ces tiers et ne peut recourir que contre le tireur ⁽⁴⁶⁾.

Que décider si des marchandises ont été envoyées en consignation au tiré par le tireur? Il n'y a provision que si ces marchandises ont été vendues en totalité à l'échéance et si aucune difficulté n'existe à ce sujet entre le tireur et le tiré. Dans le cas contraire, en effet, le tiré n'est pas débiteur d'une somme liquide et exigible ⁽⁴⁷⁾. Jugé cependant que le fait, pour la marchandise, de se trouver, une fois parvenue au préposé, dans des magasins loués par le tireur n'empêche pas la provision d'exister et que le tiers porteur conserve son droit exclusif sur la créance qui constitue la provision bien que la vente des marchandises n'ait été réalisée par le préposé qu'après l'échéance de l'effet, et même dans les dix jours de la cessation des paiements du tireur ⁽⁴⁸⁾.

Si, maintenant, le tiré a reçu du tireur commission de vendre des marchandises pour son compte, il y a provision en faveur du porteur de l'effet quoique le prix des marchandises ne se trouve pas aux mains du tiré au moment de l'échéance de la lettre de change. Bien que le prix soit encore dû par les acheteurs et malgré la faillite du tireur, le prix doit être attribué au porteur à l'exclusion des autres créanciers du tireur ⁽⁴⁹⁾.

Dans le cas où le tireur a adressé des marchandises à un tiers en le chargeant d'envoyer au tiré une avance sur le prix de ces marchandises pour servir de provision à la

(46) Trib. com. Marseille, 5 mars 1912, *Rec. Marseille*, 12. 1. 229.

(47) Trib. com. Marseille, 31 janv. 1907, *Rec. Marseille*, 07. 1. 187; Paris, 23 févr. 1874, D., 76. 5. 89, n° 2.

(48) Cass., 3 août 1835, D., 35. 1. 348; Cass., 21 mai 1884, D., 84. 1. 291.

(49) Douai, 21 août 1844, S., 45. 2. 158.

lettre de change, il n'y a évidemment provision que du jour où les avances ont été envoyées par le tiers au tiré. Si le tireur vient à tomber en faillite avant cet envoi, le porteur n'a aucun droit exclusif à la provision, qui demeure le gage de tous les créanciers ⁽³⁰⁾.

Pour terminer sur ce point, nous envisagerons une hypothèse dont la solution est quelque peu délicate.

Il demeure certain que celui qui a consigné des marchandises chez un commerçant peut en revendiquer le prix dans la faillite du consignataire lorsqu'il n'a été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant. Cependant la même faculté ne peut être reconnue au vendeur de meubles dans la faillite de l'acheteur, quant au prix de revente de ces meubles. Il en résulte que si l'acheteur, avant sa faillite, a tiré une lettre de change sur le sous-acquéreur, débiteur du prix de revente, le vendeur primitif, qui ne saurait revendiquer contre la masse la créance de ce prix, ne peut, à plus forte raison, la revendiquer contre le porteur de la traite, qui a sur cette créance des droits opposables à la masse. Ainsi en a décidé la Cour de cassation dans un arrêt de sa Chambre civile, du 26 mai 1913 ⁽³¹⁾.

La solution ne pouvait faire aucun doute, comme le dit fort bien M. Chéron dans une note publiée sous cet arrêt, car on ne pourrait concevoir que le vendeur, qui n'aurait aucun droit particulier sur la marchandise si elle appartenait encore au failli et se trouvait encore en nature dans ses magasins, puisse prétendre à un droit exclusif sur la créance du prix de revente. Une condition essentielle de la revendication du prix est de prouver que la chose ven-

(30) Cass., 20 mars 1880, S., 50. 1. 230.

(31) D., 1914. 1. 306.

due appartenait au revendiquant. Or, le vendeur a cessé d'être propriétaire dès l'instant de la vente.

Mais il est une question qui pourrait se poser : que décider si le revendiquant, au lieu d'être un vendeur, est un dépositaire, un commettant, soit, d'une façon générale, une personne qui a consigné chez un commerçant tombé depuis en faillite une marchandise dont il a conservé la propriété ?

Il semble dans cette hypothèse que l'article 575 § 2, trouve son application et que la revendication du prix soit permise. Mais si le consignataire, avant sa faillite, a tiré une traite sur le tiers acquéreur, que devient le droit à la provision reconnu au porteur ? On se trouve ici en présence d'un conflit qui met aux prises deux personnes, toutes deux protégées par la loi : d'une part celui qui a consigné la marchandise, et d'autre part le porteur de la traite.

La question ne paraît pas s'être présentée devant les tribunaux. On peut soutenir, soit que le tireur n'a pu affecter au porteur une créance qui ne lui appartenait pas, soit que le porteur était de bonne foi, ignorant que la créance qui servait de provision n'appartenait pas au tireur.

Selon M. Chéron ⁽³²⁾, le conflit ne doit pas se résoudre en faveur du porteur de la traite : en face du tiré non accepteur, le porteur n'est que bénéficiaire d'une créance éventuelle et a uniquement les droits que le tireur pourrait avoir; le tiré peut donc lui opposer toutes les exceptions qu'il pourrait opposer au tireur lui-même. Si l'on suppose que le consignataire qui a vendu la marchandise n'a pas tiré de traite sur l'acheteur et que, tombé en faillite, son syndic prétende se faire payer le prix par l'acheteur, ne

(32) V. note précitée, *in D.*, 1914. 1. 305.

peut-on pas décider que l'acheteur a le droit, et même le devoir, de refuser le paiement, sous peine d'avoir à payer deux fois ? M. Chéron en conclut que la faillite du tireur, en donnant ouverture à la revendication, supprime la provision et réduit le porteur à s'inscrire dans la masse de la faillite.

Cette solution paraît conforme à la logique.

§ 2. — PROVISION ASSORTIE DE GARANTIES ACCESSOIRES.

La créance qui constitue la provision peut être assortie de garanties accessoires, telles que gage ou hypothèque. Ces garanties sont-elles transmises au porteur en même temps que la créance ? La jurisprudence adopte l'affirmative. Elle admet, en effet, que la cession de la lettre de change emporte cession de la créance du tireur et que la créance est cédée telle qu'elle existe dans le patrimoine du tireur, c'est-à-dire accompagnée des sûretés qui peuvent exister.

La transmission des sûretés s'effectue de plein droit, sans qu'il soit besoin d'aucune signification, et même si le porteur ignore leur existence.

Un arrêt de la Cour de Colmar, du 30 décembre 1850⁽⁵³⁾, statuant dans une espèce où la garantie consistait dans une hypothèque, a nettement posé le principe dans les termes suivants : « Considérant, en droit, qu'il est impossible de comprendre l'hypothèque séparée de la créance; que la prétention de J..., qui consiste à vouloir exercer son droit hypothécaire pour une créance qui ne lui appartient pas, est insoutenable; que si les créanciers tiers porteurs n'avaient pas l'hypothèque, il faudrait dire que personne ne

(53) D., 1854. 2. 145.

l'a; — Mais considérant qu'en droit la cession de la créance en comprend les accessoires, tels que caution, privilèges et hypothèques (art. 1692 C. civ.); qu'aux termes de l'article 136 du Code de commerce la propriété des billets à ordre se transmet par la voie de l'endossement et que le cessionnaire est saisi de plein droit, sans qu'il soit besoin d'une signification préalable au débiteur cédé; que l'endossement régulier des effets dont il s'agit a transféré aux tiers porteurs cessionnaires une action solidaire, tant contre l'endosseur J... que contre les souscripteurs; que cette double action les investit du droit direct et réel d'hypothèque sur les immeubles affectés à l'acquittement de l'obligation. » (54).

Désirant expliquer le fait de la transmission des sûretés à l'insu du cessionnaire, le rédacteur d'un jugement du Tribunal de la Seine, en date du 28 mars 1849 (55), rapproche ingénieusement cette situation de l'aval. De même que l'aval, destiné à garantir le paiement d'une lettre de change, peut être donné par acte séparé et n'en produit pas moins ses effets à l'égard du tiers porteur, même s'il en a ignoré l'existence, de même les sûretés accessoires doivent en toute circonstance suivre le sort de la créance à laquelle elles sont affectées.

La solution de la jurisprudence est rationnelle et présente, en outre, l'avantage d'améliorer la situation du porteur sans causer de préjudice à personne.

Cette solution a été accueillie sans difficulté par la doctrine (56).

(54) V. dans le même sens : Metz, 26 janv. 1854, D., 54. 2. 259; Cass., 20 juin 1854, D. 54. 1. 306; Alger, 7 mai 1870, D., 71. 2. 1. Trib. Amiens, 3 janv. 1889, *La Loi*, 11 mai 1889; Douai, 14 nov. 1901, D., 03. 2. 158.

(55) D., 1851. 2. 182.

(56) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, n° 129; Alauzet, *op. cit.*, t. IV, n° 1349; Boistel, *op. cit.*, n° 752; Nougier, *op. cit.*, nos 715 et 716; Note Beudant, sous Cass., 8 mai 1878, D., 78. 1. 241.

Il est cependant un point qui mérite d'être précisé. S'il doit être admis que l'attribution de la provision comporte aussi celle des garanties accessoires, faut-il, en étendant ce principe, admettre que le porteur peut se prévaloir de toutes les clauses du contrat qui lie le tiré au tireur ?

La question s'est présentée dans la pratique sous la forme suivante : Il arrive souvent que le vendeur d'un fonds de commerce stipule dans l'acte de vente que le prix, payable à terme, deviendra immédiatement exigible si l'acheteur revend le fonds. Pour payer son prix, l'acheteur souscrit au profit du vendeur des billets à ordre à échéances échelonnées, ou encore le vendeur fait traite sur l'acheteur. Le porteur du billet à ordre ou de la lettre de change peut-il se prévaloir de la clause d'exigibilité immédiate en cas de revente du fonds de commerce et, le cas échéant, exiger du premier acquéreur le paiement avant l'échéance ?

La jurisprudence s'avère indécise sur ce point. Certaines décisions ont reconnu au porteur le droit de se prévaloir de la clause dont s'agit ⁽³⁷⁾; d'autres, au contraire, le lui ont refusé ⁽³⁸⁾.

La dernière décision en date paraît être un arrêt de la Cour de Paris, du 4 janvier 1899 ⁽³⁹⁾ qui refuse au porteur le droit de se prévaloir d'une pareille stipulation, dans les termes suivants : « Considérant que le traité portant vente, par les époux A. M..., à la veuve M..., de leur fonds de commerce, contient bien la stipulation qu'en cas de revente dudit fonds ce qui reviendra aux vendeurs sera im-

(37) Trib. com. Seine, 3 avril 1890, *Gaz. trib.*, 27 avril 1890, et 15 juin 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 2. 193.

(38) Trib. com. Seine, 8 déc. 1885, *Journal des tribunaux de commerce*, 1887, p. 79, et 31 octobre 1890, *Gaz. trib.*, 22 nov. 1890.

(39) *D.*, 1900. 2. 121.

médiatement exigible, mais que cette clause ne peut avoir d'effet qu'entre les parties contractantes; que si l'endossement d'un effet de commerce transmet au porteur la propriété du titre et tous les accessoires de la créance pouvant rendre plus sûr et plus facile son recouvrement, il ne peut avoir pour conséquence de rendre communes au porteur toutes les conditions du contrat qui lie le souscripteur et le bénéficiaire, lesquelles ne figurent pas dans le contexte de l'effet et demeurent inconnues au porteur; que, notamment, la date de l'échéance étant une condition substantielle de l'effet de commerce ne peut être affectée, à l'égard des tiers, par les modifications des conventions originaires; qu'elle reste définitivement et devient la loi de transmissions successives qui peuvent intervenir. »

En réalité, la divergence qui existe dans la jurisprudence paraît provenir d'une conception différente de la lettre de change. Les décisions qui reconnaissent au porteur le droit de se prévaloir de toutes les stipulations intervenues entre tireur et tiré — ou souscripteur et bénéficiaire s'il s'agit d'un billet à ordre — considèrent que la lettre de change réalise une cession de créance et que la créance cédée au porteur est la même que celle qui appartenait originairement au tireur. Au contraire, l'opinion moins favorable au porteur paraît inspirée par une conception de la lettre de change d'origine germanique. Sans entrer ici dans les détails d'une théorie qui sera discutée ultérieurement, on peut dire que pour certains jurisconsultes, la lettre de change est un acte abstrait, produisant un engagement unilatéral valable par lui-même, indépendamment de toute cause extérieure.

Il en résulte que la créance originaire entre tireur et tiré est nettement séparée de la lettre de change, et il ne peut

être question d'assortir la créance née de la traite d'avantages provenant d'une créance entièrement distincte.

Les arguments donnés par la Cour de Paris ne semblent pas péremptoires. Décider que les avantages de la créance primitive ne sont pas transmis au porteur parce qu'ils « ne figurent pas dans le contexte de l'effet », c'est contredire au principe cité précédemment suivant lequel les sûretés accessoires se transmettent au porteur, même à son insu. Dire que la date de l'échéance de l'effet ne peut être modifiée à l'égard des tiers par des conventions postérieures aux conventions originales, c'est dire que l'effet de commerce ne comporte pas de terme incertain. Or, en l'espèce, il n'y pas en réalité terme incertain, car il est sûr que l'échéance ne dépassera pas la date mentionnée sur la traite.

Il nous semble qu'il n'y a pas d'inconvénient sérieux à décider que la créance originaire passe au porteur avec tous ses avantages et que, par suite, le porteur pourrait se prévaloir de la clause d'exigibilité immédiate définie précédemment (60). La situation du tiré n'est pas rendue pire par une telle solution et celle du porteur ne peut qu'en être améliorée.

§ 3. — PROVISION PARTIELLE.

La provision devant, par définition, être *au moins égale* au montant de la lettre de change, il semble que la question

(60) V. sur cette question une importante note de M. Perceron sous arrêt Paris, 4 janv. 1899, précité (D., 1900. 2. 124). L'éminent auteur estime que le tiers porteur peut, en cas de revente du fonds de commerce, réclamer au second vendeur son paiement immédiat, sous réserve cependant de ne recourir contre les endosseurs qu'après l'échéance. Il indique, en outre, que lorsqu'il s'agit de modalités favorables au débiteur, elles ne seront pas opposables au porteur qui les aura ignorées « pour des raisons de crédit et le respect dû à la bonne foi des tiers porteurs », mais que, s'il s'agit de modalités favorables au créancier, « il n'y a plus de raison de déroger aux règles ordinaires de la cession de créance », qui ne peuvent que consolider les droits des tiers porteurs.

de la provision partielle ne puisse se poser et cependant la jurisprudence a reconnu à maintes reprises son existence. Il convient donc d'examiner ce point pour résoudre ensuite les conflits qui peuvent s'élever entre porteurs de traites pour l'attribution d'une provision insuffisante pour la totalité.

L'existence même de la provision partielle ne paraît pas possible, puisque l'article 446 du Code de commerce déclare nettement qu'« il y a provision; si, à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur... *d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change* ». Il ne semble pas qu'il puisse y avoir lieu à difficultés : ou le tiré sera redevable au tireur d'une somme au moins égale au montant de la traite, et il y aura provision, ou le tiré sera redevable d'une somme inférieure et il n'y aura pas provision. La question est d'une simplicité élémentaire et elle se résout mathématiquement en quelque sorte. Il y a, ou il n'y a pas provision, mais il ne peut y avoir de situation intermédiaire. Quelques décisions ont fait l'application logique de ce principe ⁽⁶¹⁾.

Mais la jurisprudence, qui s'est montrée, on l'a vu, de plus en plus favorable au porteur, ne devait pas s'en tenir à cette solution et devait prendre parti pour lui, malgré les termes formels du Code de commerce. Refuser de reconnaître l'existence d'une provision partielle c'est par là refuser au porteur tout droit sur cette provision; or n'y a-t-il pas contradiction à priver le porteur de toute garantie sous prétexte que celle qui existe est insuffisante ? Mieux vaut peu que rien. D'ailleurs la provision partielle ne sera pas

(61) Paris, 7 février 1893, D., 93, 2. 413. — Cf. dans le même sens, pour la provision dans le chèque, Trib. com. Seine, 21 mars 1893, *Revue des Sociétés*, 1893, p. 330; Lyon, 14 mai 1900, S., 1900, 2. 104; Cass., 15 mars 1903, S., 03. 1. 461, et D., 03. 1. 377.

toujours due à la mauvaise foi du tireur : les variations de cours des marchandises, les erreurs de calcul qui peuvent se produire dans les affaires, laissent prévoir la possibilité d'une provision inférieure de quelques francs peut-être au montant de la lettre de change. Faut-il, pour une si légère différence, priver le porteur de tout droit ? Impressionnée par de telles considérations, la jurisprudence a admis l'existence de la provision partielle et reconnu au porteur les mêmes droits sur cette provision que sur la provision totale ⁽⁶²⁾. A son tour, la majorité de la doctrine a pris nettement position en faveur du porteur ⁽⁶³⁾.

Mais si on assimile la provision partielle à la provision totale, l'assimilation doit être complète, et cependant il n'en est rien. Tandis en effet, que cette assimilation est admise en faveur du porteur, doctrine et jurisprudence admettent par ailleurs que le porteur négligent conserve son recours contre le tireur, en cas de provision partielle ⁽⁶⁴⁾; que le tiré n'est pas tenu d'accepter la lettre de change ni de la payer ⁽⁶⁵⁾, et que le porteur n'est pas tenu d'accepter le paiement dans les mêmes circonstances. Si le porteur refuse le paiement partiel offert par le tiré et fait protester la traite pour le tout, il rend libre entre les mains du tiré la provision partielle qui peut être affectée au porteur d'une nouvelle traite ⁽⁶⁶⁾.

Il y a une véritable contradiction à admettre que la provision existe vis-à-vis de certaines personnes, et qu'elle n'existe pas vis-à-vis d'autres.

(62) V. notamment Rouen, 1^{er} décembre 1834, D., 55. 2. 121.

(63) Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, t. IV, n° 165; Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, 3^e éd., t. IV, n° 1282; Boistel, *Précis de Droit commercial*, n° 771; Adatto, *De la propriété de la provision en matière de lettre de change*, p. 69.

(64) Paris, 30 nov. 1891, D., 92. 2. 94.

(65) Paris, 7 février 1893, D., 93. 2. 113.

(66) Cass., 6 mars 1837, D., 37. 1. 206.

Nous croyons utile d'indiquer les étapes suivies par la doctrine et la jurisprudence, en matière de provision partielle, dans un effet de commerce très voisin de la lettre de change à cet égard : le chèque. La provision partielle peut-elle ou non exister dans le chèque ? La question avait été résolue, tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre, lorsque se présenta une affaire qui était destinée à faire quelque bruit dans les annales judiciaires : le 15 juillet 1898 un sieur G... émit un chèque de 6.000 francs à l'ordre de lui-même sur les sieurs B..., G... et C^{ie}, banquiers à Paris, et le même jour le transmet à la Société marseillaise de Crédit industriel et commercial. Mais à cette même date, l'actif du tireur chez les tirés ne s'élevait qu'à la somme de 5.774 fr. 30, inférieur par suite de 228 fr. 70 à la provision corrélative au chèque émis. Sur présentation du chèque, les tirés ont refusé de payer, alléguant qu'ils n'avaient pas provision suffisante, et le tireur ayant été déclaré en faillite, ils versèrent entre les mains du syndic les 5.774 fr. 30. D'où procès entre les tirés et le syndic, d'une part, et le tiers porteur, en l'espèce la Société marseillaise, d'autre part, qui prétendait avoir droit à la provision partielle. L'affaire fit l'objet d'un jugement du Tribunal de commerce de Marseille en date du 3 février 1899 et d'un arrêt de la Cour d'Aix du 31 mars 1900. Sur pourvoi en cassation, la Cour suprême cassa l'arrêt de la Cour d'Aix le 7 janvier 1903 ⁽⁶⁷⁾, parce qu'il n'avait pas statué sur les conclusions prises par la Société marseillaise, soutenant que le chèque, nul comme chèque, valait comme lettre de change, et que la propriété de la provision partielle devait lui revenir en qualité de porteur de bonne foi.

L'affaire fut renvoyée devant la Cour de Nîmes qui, le

(67) D., 1904, 1. 279

5 mai 1903, donnait gain de cause au tiers porteur en déclarant que « pour interpréter l'intention du législateur on doit s'en référer aux principes généraux, appliquer par analogie au chèque les règles admises par une jurisprudence aujourd'hui constante en matière de lettre de change et décider que la négociation même du chèque opérant nécessairement la cession par le tireur des droits qu'il a sur le tiré, ce dernier doit, par voie de conséquence, payer sur la réquisition du tiers porteur les sommes dont il est débiteur vis-à-vis du tireur, qu'elles représentent la totalité du chèque ou seulement une partie. » (68).

Sur nouveau pourvoi, la Cour suprême cassa l'arrêt de la Cour de Nîmes en déclarant que le chèque est nul « en cas d'insuffisance comme en cas d'absence de provision » (69) et la Cour de renvoi, Montpellier, statua dans le même sens.

Cet arrêt, qui paraît être le dernier en date, pouvait être considéré comme ayant définitivement réglé le sort de la provision partielle en matière de chèque. Il fut vivement critiqué par M. Lyon-Caen dans une note parue au *Sirey* (70) et nettement approuvé par M. Lacour dans une note publiée au *Dalloz* (71). Examinant en détail la solution adoptée par la Cour de cassation, M. Lacour estime qu'elle doit être étendue « à la notion même de la provision, notion commune au chèque et à la lettre de change ». Il en résulterait que la provision partielle ne doit être prise en considération ni en matière de chèque, ni en matière de lettre de change. La controverse en était restée là lorsque le législateur décida d'intervenir : La loi du 2 août 1917, modifiant l'article 2 de la loi du 14 juin 1865, déclare que « si la pro-

(68) D., 1903. 1. 380.

(69) Cass., 15 mars 1905, D., *eod. loc.*

(70) S., 1905, 1. 161.

(71) D., 1905. 1. 377 et s.

vision est inférieure au montant du chèque, celui-ci produit tous les effets attachés au chèque régulier jusqu'à concurrence de ladite provision ».

A son tour, la loi du 12 août 1926, précisant davantage, admet sans réserve la validité du chèque à provision insuffisante, accordant au porteur le droit d'accepter ou de refuser le paiement partiel ⁽⁷²⁾. C'est donc la théorie de la Cour de cassation qui est abandonnée désormais. Il est facile d'ailleurs de constater que l'intérêt du porteur est passé au premier plan puisque c'est *pour lui seul* que la loi reconnaît la validité de la provision partielle, alors que le tireur est passible d'une amende de 6 p. 100 sur la différence entre le montant de la provision et le montant du chèque, et même des peines de l'escroquerie si l'insuffisance de la provision est due à sa mauvaise foi...

On le voit, en matière de chèque comme en matière de lettre de change, c'est l'intérêt du porteur qui prime toute autre considération.

Toutefois une remarque s'impose : que la validité de la provision partielle soit reconnue dans le chèque il n'y a rien à dire à cela aujourd'hui, puisqu'une loi a tranché la question. N'oublions pas cependant qu'il n'en est pas de même en ce qui concerne la lettre de change : pour elle, l'article 116 du Code de commerce est toujours en vigueur et ses termes sont d'une netteté telle que nous ne voyons pas comment il est possible de les concilier avec la recon-

(72) Art. 2, § 2, de la loi du 14 juin 1865, modifié : « Si la provision est inférieure au montant du chèque, le porteur a le droit, soit de recevoir le paiement jusqu'à concurrence de la provision, soit de refuser tout paiement. Si le porteur accepte le paiement partiel, il est tenu d'en faire mention sur le chèque et de donner quittance de la somme payée... Si le porteur refuse tout paiement, le tiré doit faire mention sur le chèque du montant de la provision partielle, et celle-ci est immobilisée au profit exclusif du porteur. »

naissance d'une provision partielle. Comme nous le disions précédemment, il y a ou il n'y a pas provision, mais il ne peut pas y avoir de solution intermédiaire. Reconnaître la provision partielle en matière de lettre de change c'est violer directement la loi. Si la jurisprudence et certains auteurs particulièrement favorables au porteur de traite estiment équitable d'agir ainsi, nous ne pouvons les suivre, au moins tant que l'article 116 du Code de commerce n'aura pas été modifié.

En dehors du cas de provision partielle pour une traite déterminée, il peut arriver que le tiré soit muni d'une provision insuffisante pour plusieurs traites. Le tireur n'est créancier du tiré que pour 50.000 francs par exemple, et il tire trois traites de 20.000 francs sur le tiré. La provision vaudrait-elle être partagée proportionnellement entre les trois porteurs ou, dans le cas contraire, comment sera-t-elle dévolue ?

La jurisprudence applique ici la règle « *prior tempore potior jure* ». Les traites sont payées suivant l'ordre de leur date, la plus ancienne passant avant les suivantes (73). Ce principe paraît pleinement conforme à la théorie de la jurisprudence en matière de provision : puisque la provision est attribuée au porteur dès la création de la traite, les porteurs de traites postérieures ne peuvent avoir aucun droit sur une provision dont le tireur ne disposait plus au moment où ils ont reçu la lettre de change. La date de l'échéance n'est pas à considérer, et si une seconde traite arrive à échéance avant la première, c'est la première qui bénéficiera de la provision totale (74).

Dans le cas où certaines traites ont été acceptées, on dé-

(73) Rouen, 24 avril 1843, D., 47. 2. 201.

(74) Nîmes, 18 avril 1833. S. 33. 2. 488; Rouen, 15 janv. 1837, S. 37. 2. 566.

cide généralement que les traites acceptées passent avant les autres, et que les traites non acceptables viennent en dernier lieu ⁽⁷⁵⁾. Nous ne saurions admettre cette manière de voir. L'acceptation a pour effet d'ajouter à l'obligation au paiement qui incombe au tiré du fait de la détention de la provision une obligation personnelle indépendante de toute provision, mais nous ne voyons pas comment l'acceptation pourrait exercer une influence quelconque sur le droit à la provision reconnu au porteur, aujourd'hui que ce droit est consacré par la jurisprudence et la loi indépendamment de toute acceptation.

D'ailleurs si on examine avec quelque attention l'arrêt de la Cour de Paris du 31 décembre 1850 ⁽⁷⁶⁾ et celui de la Cour de Nîmes du 18 avril 1855 ⁽⁷⁷⁾ qui ont posé la distinction entre traites acceptées et non acceptées, distinction reprise ultérieurement par les auteurs, on constate que le premier voit un mandat, et le second une délégation à la base de la lettre de change. Or mandat et délégation nécessitent l'acceptation du tiré pour produire leurs effets.

Nous estimons donc que, dans le cas de concours de plusieurs porteurs sur une provision insuffisante, c'est uniquement la date d'émission de la traite qui doit fixer les droits de chacun. Cette solution est d'ailleurs conforme à celle qui est adoptée en matière de chèque, puisque lorsque plusieurs chèques sont présentés ensemble au paiement, ils sont payés suivant l'ordre des dates, et, à date semblable, suivant l'ordre des numéros. Comme il n'existe pas de numérotage pour les lettres de change, il faudrait admettre que si plusieurs traites portaient la même date, la provision devrait être partagée proportionnellement entre les porteurs.

(75) Cass., 2 mars 1837, D., 57. 1. 120.

(76) D., 1854. 5. 500.

(77) S., 1855. 2. 488.

Pour terminer, nous signalons qu'un auteur averti, M. Wahl, a soutenu que le porteur de la lettre de change est en réalité un créancier privilégié, et comme tous les privilèges de même nature viennent sur la même ligne, les divers porteurs des traites devraient concourir sur la provision ⁽⁷⁸⁾. Nous répondons que si le porteur de la lettre de change est privilégié en fait, il n'est pas muni d'un privilège légal, et que le système de l'attribution de la provision adopté par le législateur est nettement contraire à tout concours entre les divers porteurs.

§ 4. — PROVISION FAITE EN PÉRIODE SUSPECTE.

Des difficultés se présentent lorsque, antérieurement à sa faillite, un commerçant a émis des lettres de change et constitué provision entre les mains du tiré. La question se pose de savoir si la constitution de provision est valable ou si elle doit être annulée aux termes de l'article 446 du Code de commerce, lorsqu'elle se place dans la période suspecte.

La décision prise intéresse évidemment le porteur au premier chef.

Si la lettre de change est tirée avant la période suspecte et si des marchandises destinées à former provision sont expédiées au tiré également avant le commencement de la période suspecte, il ne saurait y avoir de doute : la provision est valablement constituée, même si les marchandises n'arrivent entre les mains du tiré que pendant la période suspecte. La Cour de cassation, dans un arrêt du 24 janvier 1860 ⁽⁷⁹⁾, admet une opinion contraire, mais

(78) Wahl, *Précis de Droit commercial*, n° 1931.

(79) D., 1860. 1. 172.

elle paraît inadmissible car ce n'est pas à la réception des marchandises qu'il faut s'attacher, mais à leur expédition : c'est elle qui, suivant l'opinion commune, les sépare du patrimoine du tireur.

Si lors de l'endossement de la lettre de change, la dette du tireur envers le bénéficiaire de la traite est échue et si la provision existe, il est hors de doute également que la provision a été régulièrement affectée au porteur, même si la création de la traite et la constitution de la provision se placent dans la période suspecte. On se trouve, en effet, dans le cas d'un paiement en effet de commerce, paiement déclaré valable par l'article 446 lui-même ⁽⁸⁰⁾.

Mais que décider si la provision n'existe pas au moment de l'endossement et n'est constituée que plus tard ?

La jurisprudence et une partie de la doctrine considèrent que, dans ce cas, la constitution de la provision équivaut à un paiement et en prononcent la nullité ⁽⁸¹⁾.

Mais que faut-il entendre par « paiement » ? Considère-t-on que la constitution de la provision est le paiement de la lettre de change par le tireur au tiré, ou le paiement par le tireur de sa dette envers le bénéficiaire ?

Dans le premier cas, le paiement peut être déclaré nul car il porte sur une dette non échue, puisque la lettre de change n'était pas arrivée à échéance au moment de la constitution de la provision.

Dans le second cas, on peut soutenir qu'il n'y a pas en réalité un paiement fait par lettre de change, car la

(80) Cass., 10 mai 1863. S., 63. 1. 277; Cass. 16 juin 1909, D., 1909. 1. 385.

(81) Cass., 17 déc. 1850, D., 51. 1. 29; Cass., 20 juin 1884, D., 54. 1. 305; Cass., 21 mai 1884, D., 84. 1. 29; Cass., 1^{er} fév., 1888. D., 88. 1. 213; — *Contra* : Cass. 22 déc. 1869, D., 70. 1. 80; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, p. 157, et t. VII, p. 323 et 324; Alauzet, *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, t. VII, p. 193.

provision n'existe pas encore; il n'y aura véritablement paiement que lorsque la provision existera et ce paiement sera ou non valable suivant la manière dont la provision aura été constituée. Si notamment la provision a pour base des marchandises, sa constitution sera nulle comme constituant un paiement en marchandises.

Il semble cependant que cette opinion n'est pas irréfutable; au surplus, ses inconvénients pratiques ont incité de savants auteurs ⁽⁸²⁾ à soutenir que la provision est valablement fournie et attribuée au porteur, même si elle est postérieure à la création et à l'endossement de la lettre de change.

Nous nous rallions à cette manière de voir qui, parfaitement justifiable du point de vue juridique, a en outre l'avantage de se trouver mieux en harmonie avec la protection toujours croissante accordée au porteur de traite.

Si en effet le tiré avait accepté la lettre de change au moment où le tireur constitue provision, il faut considérer que le tireur ne fait qu'exécuter l'obligation qui lui incombe de mettre le tiré en mesure d'effectuer le paiement auquel il s'est engagé. Dans les rapports du tireur et du tiré, il n'y a ni paiement d'une dette non échue, ni dation en paiement, ni constitution d'un droit de nantissement pour dette antérieurement contractée, comme l'a soutenu la Cour de Nîmes ⁽⁸³⁾.

Si la constitution de la provision a précédé l'acceptation, on ne peut y voir davantage un paiement, car en réalité cette constitution est un élément du contrat qui se forme

(82) Bravard-Veyrières et Demangeat, *op. cit.*, t. V, p. 260-262; Boistel, *Précis de Droit commercial* p. 714; Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, n° 1433.

(83) Nîmes, 6 fév. 1862, sous Cass., 16 juin 1909, D., 09. 1. 383, préc.

entre tireur et tiré, la provision n'ayant pour but que de permettre au tiré le paiement de la traite.

Enfin si le tiré n'a pas accepté la lettre de change, malgré la constitution de la provision, l'article 446 demeurerait encore inapplicable, car cette hypothèse ne rentrant pas au nombre de celles prévues par cet article, il n'est pas possible d'étendre une disposition législative qui prononce une nullité de plein droit.

On voit donc qu'en toute hypothèse la constitution de la provision demeurera valable et par suite que le droit du porteur ne subira aucune atteinte. D'ailleurs, cette solution n'est-elle pas conforme à la fois au désir de protection que le législateur a manifesté en faveur du porteur et au texte même de l'article 446 ?

La loi reconnaît elle-même la validité des paiements en effets de commerce, il en résulte qu'elle doit protéger tous les éléments de la négociation de ces effets. Or, comment séparer la constitution de la provision du mécanisme de la lettre de change, sans ruiner du même coup le crédit attaché à la circulation des effets de commerce et laisser finalement entre les mains du porteur un titre privé de la majeure partie de sa valeur. Il faut considérer en effet que la grande majorité des traites en circulation au jour de la faillite n'auront pas été émises avant la période suspecte. Si on appliquait à la constitution de la provision les règles sévères de l'article 446, il faudrait avouer que les avantages accordés par la loi au porteur de lettre de change se trouveraient singulièrement réduits car c'est précisément au moment où le porteur pourrait bénéficier de ces avantages qu'il s'en trouverait privé.

§ 5. — PROVISION RÉALISÉE APRÈS L'ÉCHÉANCE.

Pour que la provision existe et bénéficie au porteur, il faut, aux termes mêmes de l'article 116 du Code de commerce, « qu'à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie soit redevable au tireur d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change ». Mais est-il nécessaire que la créance du tireur soit *exigible* au moment de l'échéance ?

On considère généralement la jurisprudence comme admettant l'existence de la provision, même lorsque la créance du tireur n'est pas exigible à l'échéance. Un arrêt de la Chambre civile du 2 février 1836 ⁽⁸⁴⁾ déclare en effet très clairement « qu'aux termes de l'article 116 du Code de commerce il suffit, pour qu'il y ait provision, qu'à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie soit redevable au tireur d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change... que la loi ne distingue pas entre la dette exigible et celle dont le terme n'est pas arrivé; qu'elle n'exige qu'une chose, pour qu'il y ait provision, c'est qu'à l'échéance de la lettre de change le tiré soit redevable envers le tireur d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change » ⁽⁸⁵⁾.

Il a même été jugé qu'il y a provision acquise au porteur, même si les fonds ne sont reçus par le tiré que postérieurement à l'échéance ⁽⁸⁶⁾.

Cependant on peut constater que la jurisprudence n'est pas d'une fermeté absolue sur ce point. Elle admet en effet

(84) D., 1836. 1. 209.

(85) Dans le même sens : Besançon, 14 mars 1865, D., 65. 2. 62; Cass., 20 juin 1854, D., 54. 1. 305.

(86) Lyon, 22 mars 1825, D., 25. 2. 172.

que, si la provision a pour base des effets de commerce, elle n'existe véritablement que lorsque, à l'échéance de la traite, ces effets sont exigibles; si leur échéance est postérieure, ils ne forment pas « la somme liquide et libre qui, seule, constitue la provision »⁽⁸⁷⁾.

Il en est de même en matière de chèque, les tribunaux n'admettant pas comme donnant naissance à la provision la remise d'effets négociables non encore échus⁽⁸⁸⁾.

La doctrine est divisée sur cette question; MM. Lyon-Caen et Renault admettent que la créance du tireur, même non exigible, peut « être affectée à la garantie de la traite si l'on admet que le porteur a des droits spéciaux sur la provision »⁽⁸⁹⁾. Par contre, MM. Lacour et Bouteron décident formellement « qu'une dette dont l'exigibilité serait postérieure à l'échéance de la traite ne saurait constituer une provision »⁽⁹⁰⁾.

Il semble, tout au moins en ce qui concerne le porteur, qu'une créance, même non exigible au moment de l'échéance de la lettre de change, constitue une véritable provision qui lui est acquise.

Il faut considérer en effet que l'article 116 ne parle que de la nécessité de l'existence d'une créance du tireur sur le tiré, or une créance, même non exigible, constitue une véritable créance. D'après les principes, le terme ne suspend pas l'existence de l'obligation, à la différence de la condition; l'article 1185 du Code civil l'indique formellement, et l'article 1186, déclarant que ce qui a été payé d'avance ne peut être répété, confirme ce point de vue⁽⁹¹⁾.

(87) Paris, 30 nov. 1891, D., 92. 2. 94.

(88) Cass., 24 mars 1890, D., 91. 1. 427.

(89) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, n° 164.

(90) Lacour et Bouteron, *op. cit.*, t. II, n° 1236.

(91) V. Colin et Capitant, *Cours de Droit civil français*, 4^e éd., t. II, p. 168; Planiol et Ripert, *Traité de Droit civil*, 10^e éd., t. II, n° 336.

Nous admettrons donc qu'une provision non exigible à l'échéance est valable et acquise au porteur, mais par contre nous nous refuserions à admettre qu'il y a provision si le tireur ne devenait créancier du tiré qu'après l'échéance : les termes de l'article 116 du Code de commerce n'autorisent pas une autre décision.

§ 6. — PROVISION ET COMPTE COURANT.

Dans le cas où le tireur et le tiré ont ouvert entre eux un compte courant, il importe de préciser les règles qui permettent de déterminer l'existence de la provision.

Le principe unanimement admis et sur lequel nous n'insisterons pas est que le compte courant constitue un tout indivisible : chaque créance ou chaque dette perd son individualité au moment où elle est inscrite dans le compte et ne constitue plus désormais qu'un article de crédit ou de débit. Il résulte de l'indivisibilité du compte courant que, tant qu'il n'est pas arrêté, le remettant et le récepteur ne sont ni créancier, ni débiteur; ce sera seulement après l'arrêt du compte que s'il existe un solde, celui-ci fera apparaître la qualité de créancier et de débiteur des deux parties.

Donc, pour savoir s'il y a provision, il faut se placer au moment de l'échéance de la lettre de change : si, à ce moment, et après arrêté du compte, le tireur est créancier du tiré d'une somme au moins égale au montant de la traite, il y aura provision; elle n'existera pas dans le cas contraire.

On conçoit aisément qu'une telle situation présente des dangers pour les signataires de la traite et pour le porteur qui, jusqu'à l'échéance, demeureront dans l'incertitude relativement à l'existence de la provision, celle-ci étant influencée par toutes les variations du compte courant. Aussi

le tireur, désireux d'éviter que les marchandises ou les valeurs qu'il envoie au tiré pour servir de base à la provision ne viennent se fondre dans le compte, peut, par simple affectation spéciale de ces marchandises ou valeurs au paiement de la traite, les maintenir en dehors du compte courant.

A défaut de toute affectation spéciale, la jurisprudence décide avec raison que la provision perd toute individualité et ne constitue qu'un article du compte courant (92).

Il n'existe pas de termes formels pour réaliser l'affectation spéciale. Conformément au droit commun des contrats, il suffit que la volonté des parties soit clairement exprimée. Il a été jugé par la Cour de Paris (93) que les mots « *par contre* », employés par le tireur dans la lettre missive adressée au tiré pour lui indiquer que les valeurs envoyées devaient servir de provision à la traite, sont insuffisants pour établir l'affectation spéciale. Mais cette affectation se trouve établie si le tiré en accusant réception des valeurs qui lui ont été adressées, a déclaré « qu'il ferait bon accueil » aux traites dont il a reçu avis (94).

La jurisprudence a décidé que, dans le cas où le compte courant résulte d'une ouverture de crédit, par laquelle le créancier a autorisé le crédité à tirer sur lui des traites jusqu'à concurrence d'une somme déterminée au delà de laquelle l'envoi préalable d'une provision serait nécessaire, le créancier peut faire entrer en compte courant la valeur de marchandises envoyées postérieurement au tirage de traite, lorsque le découvert fixé avait été atteint. Dans ce cas, l'envoi des marchandises étant tardif ne peut donner lieu à une provision valable (95).

(92) Lyon, 9 août 1848, D., 49. 2. 167; Cass., 24 mars 1869, D., 75. 5. 103.

(93) Paris, 30 juin 1876, *Le Droit*, 22 juill. 1876.

(94) Cass., 4 avril 1865, D., 65. 1. 233.

(95) Cass., 11 mars 1862, D., 62. 1. 343.

Le tiré qui accepte des traites à découvert a-t-il le droit de se couvrir des conséquences de son acceptation en débitant le compte courant du tireur du montant des lettres de change acceptées par lui ? Un arrêt de la Cour de Colmar l'a décidé ⁽⁹⁶⁾. Il faut en conclure que si, ultérieurement, le tireur tire une nouvelle lettre de change, il n'y aura provision pour cette nouvelle traite que si, à l'échéance, le compte courant présente un solde créditeur en faveur du tireur, malgré le débit résultant des acceptations précédentes.

Que décider lorsque, pour constituer provision, le tireur endosse des effets de commerce au tiré ?

On admet très généralement que le récepteur ne porte les effets de commerce au crédit du remettant que *sauf encaissement*, c'est-à-dire que si à l'échéance des effets ceux-ci ne sont pas payés, le récepteur contre-passera la valeur de ces effets au débit du remettant, annulant ainsi le crédit primitif. Si donc à l'échéance de la traite dont la provision a été constituée en effets de commerce, ces effets n'ont pas été payés, il n'y aura pas provision, car la contre-passation du montant des effets au débit du tireur aura annulé le crédit résultant de la première écriture.

Mais quelles vont être les conséquences de la contre-passation vis-à-vis du récepteur, qui aura reçu les effets ? Ne va-t-elle pas le priver de tout droit sur eux ?

L'opinion dominante aujourd'hui, est que la contre-passation ne porte aucune atteinte au droit de propriété qui a été conféré par l'endossement, d'où il résulte que le récepteur qui est porteur des effets peut en poursuivre le paiement par les moyens ordinaires ⁽⁹⁷⁾. S'il obtient le paie-

(96) Colmar, 7 mai 1880, D., 83. 2. 229.

(97) Paris, 16 fév. 1909, *Gaz. trib.*, 10 juill. 1909, *Rec.* 2, p. 176. — *Contra* Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, t. IV, n° 820.

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 23 novembre 1920 (D., 21. 1. 62).

ment, il devra alors en porter la valeur au compte du remettant.

Examinons maintenant le cas où une ouverture de crédit est faite avec garantie d'effets de commerce endossés au créancier et où un compte courant est ouvert en exécution de l'ouverture de crédit.

En fait, l'opération se présente ainsi : le client d'une banque ayant besoin d'argent demande à son banquier de lui consentir une ouverture de crédit; celui-ci accepte, mais exige des sûretés qui sont fournies sous la forme d'effets de commerce, endossés au banquier, moyennant quoi le compte courant du client est crédité de la valeur de ces effets.

Si les choses se passent normalement, le client usera du crédit qui lui a été ouvert et, à l'échéance des effets, la banque en encaissera le montant, récupérant ainsi les avances qu'elle a faites.

Mais le client peut tomber en faillite avant l'échéance des effets. Le banquier va alors arrêter son compte. Il faut remarquer — car cela est essentiel — que le solde du compte ne correspond pas à la situation vraie des parties, car le crédit, porté à l'actif du client, ne représente aucun versement réel fait à la banque, puisqu'il n'est garanti que par des effets de commerce non encore échus.

La conséquence, c'est que la production du banquier dans la faillite est diminuée du montant du crédit ouvert et non remboursé.

Pour remédier aux inconvénients qui résultaient de cette

paraît dénoter quelques hésitations. Il décide, en effet, que si le récepteur n'a pas usé de la clause « sauf encaissement », il est fondé à poursuivre le paiement de l'effet. D'où on pourrait conclure *a contrario* que, s'il y a eu contre-passation d'écriture, le récepteur n'aurait plus aucun droit sur l'effet, qui devrait être restitué au remettant.

situation, la jurisprudence a admis que le banquier pouvait contre-passer au compte courant le montant de l'ouverture de crédit, mais jusqu'à concurrence du montant des effets de commerce demeurés impayés après leur échéance (98). C'est là le jeu de la clause « sauf encaissement ».

Cependant la protection accordée aux banquiers ne devait pas s'arrêter là. La jurisprudence, étendant son système, décida que malgré la contre-passation le banquier pouvait conserver les effets pour exercer son recours contre leurs signataires et cumuler le bénéfice de ces recours et le dividende touché dans la faillite (99).

Enfin, allant encore plus loin, les Cours de Montpellier, de Lyon, de Rouen et de Douai ont décidé que le banquier peut contre-passer non seulement le montant des effets échus et impayés, mais encore le montant des effets non échus, tout en les conservant pour cumuler leur montant avec le dividende payé dans la faillite, à concurrence du solde total du compte courant en faveur du banquier (100).

Cette jurisprudence a soulevé bien naturellement les critiques des syndics, car la protection accordée aux banques s'exerce aux dépens de la masse. La doctrine à son tour prit parti pour eux en soutenant que le cumul ne saurait être admis, car il crée un véritable privilège sans texte au profit du banquier et que du fait de la contre-passation annulant l'inscription du crédit, le banquier détient les effets sans cause.

Nous ne pouvons ici entrer dans de plus amples détails,

(98) Civ., 10 mars 1852, D., 52. 1. 77.

(99) Civ., 19 nov. 1888, D., 89. 1. 409.

(100) Montpellier, 3 déc. 1924, D. H., 1925, 189; Lyon, 13 juin 1925, D., 26. 2. 143; Rouen, 26 nov. 1926, D. H., 1927, 28; Douai, 10 nov. 1927, *Sem. jur.*, 1927, p. 1360.

mais nous tenions à signaler ce problème qui offre un intérêt pratique indiscutable (101).

Enfin, nous indiquons la solution donnée récemment par la Cour suprême dans un cas difficile.

Voici l'espèce : une banque, la Caisse commerciale de Dieppe, avait ouvert à un de ses clients un compte courant, à la suite d'une ouverture de crédit garantie par une hypothèque portant sur des immeubles du client. Celui-ci remit à la banque des billets à ordre dont le montant fut porté au crédit de son compte et qui furent ensuite escomptés par d'autres banques.

Les billets n'ayant pas été payés à l'échéance, ces banques se sont retournées contre la Caisse commerciale de Dieppe qui, entre temps, avait été déclarée en liquidation judiciaire. La banque, recherchée pour ces effets, les contre-passa au débit du remettant et convertit ainsi en un solde actif à son profit le solde passif qui résultait de l'arrêté du compte courant au jour de la liquidation judiciaire. La banque se fit colloquer pour ce solde dans l'ordre ouvert sur le prix provenant de la vente des immeubles hypothéqués.

Les porteurs des effets se trouvaient par là même dans une situation très défavorable : d'une part, la presque totalité de l'actif du souscripteur des billets à ordre était absorbée par l'hypothèque de la banque et, d'autre part, ils ne devaient recevoir, en exerçant leur recours de change dans la liquidation judiciaire de la banque, qu'un simple dividende, en qualité de créanciers chirographaires.

(101) Voir sur cette question l'article de M. Trasbot, professeur à la Faculté de droit de Rennes : *De la contre-passation des effets de commerce entrés en compte courant en cas de faillite ou de liquidation judiciaire du remettant et de l'attribution des effets ainsi contre-passés* (Annales de Droit commercial, 1927, p. 283 à 304).

Pour éviter les effets de cette situation désavantageuse, les porteurs ont soutenu que la banque réceptrice, n'étant plus en possession des effets dont elle avait déjà encaissé le montant sous déduction de l'escompte, n'avait plus le droit de les contre-passer au débit du remettant. Il en résultait que le compte courant ne présentant plus de solde actif au profit de la banque, celle-ci n'avait droit à aucune collocation dans l'ordre ouvert sur le prix des immeubles du remettant. Les porteurs des effets allaient donc pouvoir exiger leur paiement sur les sommes précédemment affectées à la banque par collocation.

Subsidiairement, dans le cas où la contre-passation serait maintenue, les porteurs concluaient que, dans la liquidation judiciaire de la Caisse commerciale, la créance hypothécaire du solde du compte courant représentait la valeur des effets dont ils étaient porteurs et que cette valeur devait leur être attribuée par préférence à la masse. Cette créance n'étant, en définitive, que la créance résultant des effets à la charge du souscripteur, analogue à la provision dans la lettre de change, leur avait été transmise en pleine propriété par endossement.

La Chambre des requêtes, par un arrêt du 1^{er} février 1928 ⁽¹⁰²⁾, rejeta les prétentions des porteurs en approuvant les termes d'un arrêt de la Cour de Rouen du 18 juin 1926, déclarant « ... que la créance résultant du solde du compte courant..., garantie par la convention hypothécaire, avait un caractère propre et indépendant de celle des banques demanderesses (les porteurs) dont la cause juridique était fondée sur la remise d'effets individuels », et en décidant d'autre part « qu'il importait peu que les effets litigieux dont la Caisse commerciale était devenue propriétaire par

(102) D., 1928. 1. 119.

l'endossement n'aient pas été en sa possession au jour du non-paiement à l'échéance et de la contre-passation d'écritures légitime qui avait suivi; — Attendu en effet que cette circonstance ne pouvait faire obstacle au droit de contre-passation d'écritures que la Caisse commerciale qui avait reçu les effets tenait de la clause de « *sauf encaissement* » sous-entendue dans son contrat de change ».

Comme le déclare M. Chéron, dans une intéressante note parue sous cet arrêt, la décision de la Cour suprême est « d'une logique impeccable » et cependant la situation faite aux porteurs d'effets ne paraît pas conforme à l'équité, car il semble qu'ils devraient, tout au moins, être payés par préférence dans la liquidation judiciaire du récepteur. Pour arriver à ce résultat, M. Chéron suggère l'ingénieuse solution suivante :

Il est évident que les sommes pour lesquelles le banquier est colloqué dans l'ordre ne lui seront versées que contre remise des titres, car le client acquittant ainsi le montant des effets souscrits par lui ne voudra pas les laisser en circulation, sa signature l'obligeant envers tout porteur. Or le banquier ne possédant plus ces effets sera obligé de s'adresser aux porteurs pour les obtenir. C'est alors que ceux-ci peuvent refuser de s'en dessaisir si le liquidateur ne consent pas à ce qu'ils en prélèvent le montant sur les sommes pour lesquelles le banquier est colloqué dans l'ordre. Grâce à ce moyen, les porteurs pourront avoir une situation qui paraît plus conforme à l'équité.

Nous avons tenu à signaler cette espèce pour montrer à la fois les difficultés qui peuvent se présenter dans le cas de compte courant et l'inefficacité juridique possible des règles pourtant très favorables au porteur d'effets.

§ 7. — PROVISION ET OUVERTURE DE CRÉDIT.

On a vu précédemment que l'ouverture d'un compte courant était parfois accompagnée d'une ouverture de crédit. Dans la pratique, lorsqu'il s'agit d'un commerçant et d'un banquier on peut même dire que la plupart du temps le banquier qui consentira une ouverture de crédit au commerçant lui ouvrira en même temps un compte courant. Après avoir précisé les règles essentielles du fonctionnement du compte courant, il importe de voir dans quelle mesure une ouverture de crédit peut déterminer l'existence d'une provision.

Il a été établi au début de cette étude que la provision consistait dans la créance du tireur sur le tiré. Si le tiré a consenti une ouverture de crédit au tireur, on peut dire qu'il s'est constitué son débiteur jusqu'à concurrence du crédit ouvert, d'où il résulte que les traites tirées sur le créditeur seront assorties d'une véritable provision.

La question ne peut faire de doute aujourd'hui et le principe avait déjà été admis par la Cour de Lyon dans un arrêt du 29 mars 1817 ⁽¹⁰³⁾.

Mais il faut bien remarquer que si l'ouverture de crédit permet l'existence d'une provision, cette provision est essentiellement précaire. L'ouverture de crédit est en effet résolue par la faillite du tireur ou du tiré. Si un de ces deux événements survient, la provision disparaît du même coup, au moment même où son existence présenterait un intérêt particulier.

De plus, la provision résultant d'une ouverture de crédit ne produit pas tous les effets d'une provision ordinaire. En ce qui concerne le tiré, il a été jugé par la Cour

⁽¹⁰³⁾ S., 1819. 1. 285.

de cassation que l'ouverture de crédit consentie par lui au tireur ne lui imposait pas l'obligation de payer une traite à laquelle il était demeuré étranger faute d'acceptation (104). En ce qui concerne le tireur, on admet très généralement qu'il ne peut opposer la déchéance au porteur ou aux endosseurs négligents, car s'il y a provision en ce sens que le tireur doit être considéré comme créancier du tiré, cette créance ne résulte pas de la remise au tiré d'une valeur quelconque; or, si le tireur pouvait repousser le porteur ou les endosseurs négligents, il s'enrichirait à leurs dépens.

Indiquons cependant que l'ouverture de crédit n'est pas un acte purement gracieux de la part du créiteur, car presque toujours dans la pratique le créiteur exige du crédit des garanties susceptibles de le couvrir, telles que remises de titres, de marchandises ou constitution d'hypothèque. Mais comme nous avons vu plus haut qu'une jurisprudence récente considérait les porteurs d'effets comme privés du bénéfice de l'hypothèque consentie en garantie de l'ouverture de crédit, dans le cas où elle fonctionnait dans le cadre d'un compte courant, on peut dire que les sûretés exigées par le créiteur ne consolident pas la provision dont l'existence et l'efficacité demeurent particulièrement fragiles.

§ 8. — PROVISION ET EFFETS DE COMPLAISANCE.

La question des effets de complaisance, de leur validité et des conséquences attachées à leur création, soulève de nombreuses difficultés qui ne seront pas examinées en détail ici car elles dépassent le cadre de cette étude (105).

(104) Req., 1^{er} mai 1923, *Gaz. trib.*, 10 mai 1923, *Rec.*, 1. 172.

(105) V. Hémaré, *Des effets de complaisance*; Perroud, *Des effets de complaisance* (*Annales de Droit commercial*, 1903, p. 1 et s.).

Nous envisagerons uniquement les effets de complaisance sous l'angle de la provision et des droits qu'il sont susceptibles de conférer au porteur.

Précisons tout d'abord ce qu'est un effet de complaisance, car on confond souvent dans la pratique sous cette appellation des choses très différentes.

En premier lieu, il ne faut pas qualifier *d'effet de complaisance* une lettre de change qui a donné lieu à un simple *acte de complaisance*, pleinement licite. C'est par exemple un commerçant qui, pour obliger un de ses amis, consent à accepter ou à endosser une traite qui sera présentée ensuite à l'escompte. Il est bien évident que de tels actes ne sauraient exercer aucune influence particulière sur la lettre de change qui produit tous les effets d'une traite ordinaire.

Il ne faut pas davantage qualifier d'effets de complaisance *les valeurs de circulation* qui donnent lieu au système des *renouvellements*, lorsque, à l'origine du renouvellement, se trouve une convention réelle, valable⁽¹⁰⁶⁾. C'est par exemple le cas d'un industriel qui procède à d'importants achats de machines qu'il ne pourra payer que dans quelques années. Le vendeur des machines fera traite sur son débiteur et renouvellera la traite à chaque échéance jusqu'à l'arrivée du terme fixé pour le paiement.

Dans ces deux hypothèses, il n'y a pas véritablement effet de complaisance. Dans le premier cas, l'acte de complaisance n'apporte aucune modification aux règles ordinaires et il y aura provision si à l'échéance le tiré est débiteur du tireur. Dans le second cas, il y a provision puisque le tireur se trouve créancier du tiré et qu'il a été indiqué précédemment⁽¹⁰⁷⁾ que la non-exigibilité de la créance à

(106) Bastia, 9 juillet 1912, D., 46. 4. 242.

(107) V. *supra*, p. 135

l'échéance de la traite ne l'empêchait pas de constituer une provision valable.

Ce qui caractérise l'effet de complaisance, c'est le caractère fictif des opérations qu'il constate et l'entente frauduleuse qui est à sa base. Comme l'indique M. Hémard, « il y a moins complaisance que complicité. Le but unique est de procurer au bénéficiaire, quelle que soit la qualité qu'il ait prise, un crédit apparent destiné à tromper les tiers » (108). La circulation de complaisance, la création d'effets fictifs donnent naissance à deux sources d'effets de complaisance, susceptibles de se prêter dans la pratique à des combinaisons d'autant plus variées qu'est plus fertile l'ingéniosité des négociants aux abois qui ont un impérieux besoin de crédit.

Le caractère fictif et frauduleux des effets de complaisance constitue le critérium qui permet de les distinguer des effets de commerce ordinaires. Ce critérium est appliqué par la jurisprudence, qui considère comme lettre de change de complaisance toute traite tirée sans tractation commerciale réelle, une pareille opération n'ayant d'autre fondement qu'un concert frauduleux (109). Dans le cas d'un véritable effet de complaisance, il est bien évident qu'il n'existe pas de provision puisque, dans la réalité, le tireur n'est pas créancier du tiré.

A cet égard, il y a lieu de distinguer soigneusement l'effet de complaisance fictif et frauduleux de l'effet qui ne revêt aucun caractère frauduleux et qui tend uniquement à accorder à un commerçant, momentanément gêné dans ses affaires, une ouverture de crédit ou un cautionnement.

(108) Hémard, *op. cit.*, p. 8.

(109) Rennes, 12 mai 1906; *Rec. Nantes*, 1907. 4. 115; Trib. civ. Vesoul, 23 janv. 1925; D. H., 1925, p. 263 Trib. com. Lyon, 26 août 1926, *Gaz. Pal.*, 1926. 2. 623; Montpellier, 26 janv. 1927, *Gaz. Pal.*, 1927. 1. 433.

Il s'agit en effet, dans ce cas, d'un acte parfaitement licite où nous trouvons même l'existence d'une provision, puisqu'il a été établi qu'une ouverture de crédit pouvait servir de base à la provision.

La jurisprudence reconnaît avec raison la régularité de semblables lettres de change ⁽¹¹⁰⁾. Un arrêt de la Cour de Bastia du 9 juillet 1912 tranche la question en précisant « qu'un effet de complaisance peut avoir une cause réelle et licite lorsque le tiré, qui ne doit rien au tireur, s'est engagé à donner à celui-ci la garantie de sa signature pour lui permettre de se procurer des fonds, un pareil engagement constituant une promesse unilatérale de payer ou promesse de prêt que ne prohibent ni la loi ni la morale, qu'aucune loi n'exige que la créance du tireur, pour valoir provision aux termes de l'article 116 du Code de commerce, ait une cause commerciale, résulte d'une fourniture de marchandises, qu'il suffit que cette créance existe, quelle qu'en soit la cause, pourvu que cette créance soit réelle et licite » ⁽¹¹¹⁾.

La Cour suprême avait déjà pris position sur la question dans un arrêt du 17 novembre 1909, en décidant qu'une acceptation intervenue dans le but de faciliter au tireur une ouverture de crédit, alors que le tiré n'était pas débiteur du tireur, réalisait un cautionnement pleinement valable ⁽¹¹²⁾.

Il est évidemment difficile, dans la pratique, de distinguer

(110) Paris, 13 nov. 1926, D. H., 1927, p. 73, et 16 juin 1926, D. H., 1926, p. 424; Trib. com. Nantes, 4 oct. 1923, *Gaz. Pal.*, 1924. 1. 147; Nancy, 3 déc. 1923, *Gaz. Pal.*, 1924. 1. 147; Trib. com. Roanne, 25 oct. 1922, *Gaz. Pal.*, 1922. 2. 599; — Cf. note Bourcart sous Cass., 25 avril 1910, S. 13. 1. 265; — Amiens, 9 janv. 1903, D., 1904. 2. 449.

(111) D., 1916. 1. 242.

(112) D., 1912. 1. 281, et la note de M. Lacour; S., 1913. 1. 297, et la note de M. Naquet.

l'effet de complaisance fictif et frauduleux de l'effet qui a pour but de réaliser une ouverture de crédit ou un cautionnement licites. Ce sont uniquement les circonstances de fait qui permettent de saisir la différence essentielle qui existe entre eux, car, dans le premier cas, il n'y a pas provision et le tiré n'entend nullement se découvrir, tandis que, dans le second, il y a provision et le tiré promet au tireur de faire au besoin, à l'échéance, l'avance de fonds voulue pour le paiement de la traite.

La question de la validité des effets de complaisance a donné lieu à de nombreuses controverses. Il est à remarquer que des nations commerçantes comme l'Angleterre, l'Allemagne et l'Italie les considèrent comme valables ⁽¹¹³⁾ tandis qu'en France on tend à les frapper de nullité, à cause des dangers qu'ils peuvent présenter pour le commerce et le crédit. Or, la doctrine et la jurisprudence n'ont à leur disposition aucun moyen direct pour annuler ces effets, tout au moins lorsqu'on n'est pas en présence de manœuvres frauduleuses caractérisées tombant sous le coup de l'article 405 du Code pénal.

Aussi les juriscultes ont-ils cherché indirectement à atteindre les effets de complaisance, en soutenant tour à tour qu'ils étaient nuls pour défaut de provision, pour défaut de cause, ou comme contraires à l'ordre public. Nous n'entrerons pas dans l'examen de ces différents moyens, d'ailleurs discutables, car la question de la validité des effets de complaisance n'intéresse pas le porteur dans la plupart des cas.

Il est très généralement admis, en effet, que le porteur

(113) Bills of exchange Act de 1882 (45 et 76 Vict., ch. 21); — Einert, *Wechselrecht*, 1884, p. 198; Ugo Sorani; *Della cambiale e dell'assegno bancario*, Rome, 1896, t. I, § 87, p. 106 et s.

n'est pas atteint par la nullité lorsqu'il est de bonne foi; il en résulte que l'effet de complaisance lui confère les mêmes droits qu'un effet ordinaire ⁽¹¹⁴⁾. Le porteur sera de bonne foi lorsqu'il aura ignoré, au moment de la remise du titre, son caractère fictif et frauduleux. On ne pourrait obliger en effet celui qui va acquérir une traite à s'assurer de la réalité des opérations qu'elle constate sans paralyser du même coup la circulation des titres de crédit ⁽¹¹⁵⁾. La constatation de la bonne foi du porteur résultera des circonstances; il a été jugé que le tiers porteur sera de bonne foi, même s'il a commis une inadvertance ou un manque de perspicacité en escomptant un effet de complaisance ⁽¹¹⁶⁾ et même si la traite a été l'objet d'une falsification, lorsque son aspect extérieur n'est pas de nature à éveiller sérieusement les soupçons ⁽¹¹⁷⁾.

Par contre, le porteur sera de mauvaise foi, et comme tel atteint par la nullité de la lettre de change, lorsqu'il aura eu connaissance au moment de l'endossement du caractère fictif de l'effet et de l'absence d'intention de réaliser un cautionnement ou une ouverture de crédit ⁽¹¹⁸⁾.

Nous venons d'exposer, au moins dans ses lignes maîtresses, le problème de l'attribution de la provision. L'étude de la jurisprudence nous a permis de suivre l'éclosion du système aujourd'hui consacré en faveur du porteur et de déterminer les conséquences pratiques du droit qui lui est reconnu sur la provision. Les développements qui pré-

(114) Trib. com. Nantes, 24 août 1912, *Rec. Nantes*, 1913. 1. 157.

(115) Bastia, 9 juill. 1912, *préc.*; Cass., 10 mars 1913, S., 16. 1. 3.

(116) Douai, 27 juin 1907, *Rec. Douai*, 1908, 94.

(117) Montpellier, 18 juin 1908, *Rev. jur. opérations de bourse*, 1909, 23.

(118) Trib. civ. Vesoul, 23 janvier 1923, D. H., 1923, p. 263; Montpellier, 26 janv. 1927, *Gaz. Pal.* 1927. 1. 433; Paris, 6 avril 1927, *Gaz. Pal.*, 1927. 2. 374; Lyon, 23 juill. 1927, *La Loi*, 2 sept. 1927.

cèdent justifient l'affirmation avancée dès le début de notre introduction, que le problème de la propriété de la provision, loin d'être une pure question d'école, se présentait à chaque instant dans la vie des affaires.

C'est là une partie de notre tâche; cependant nous ne saurions nous borner à envisager ce problème du seul point de vue historique et pratique. Une étude théorique s'impose : nous allons l'aborder.

TROISIÈME PARTIE

JUSTIFICATION THÉORIQUE

DU DROIT DU PORTEUR SUR LA PROVISION

CHAPITRE PREMIER

ESSAIS DE JUSTIFICATION THEORIQUE

DU DROIT DU PORTEUR

PAR LA TECHNIQUE DE LA LETTRE DE CHANGE

Il a été indiqué que la justification théorique du droit du porteur sur la provision soulevait de sérieuses difficultés. Il importe maintenant d'examiner lesquelles.

Auparavant, précisons que deux théories ne reconnaissent au porteur de lettre de change aucun droit sur la provision : l'une considère la traite comme un mandat adressé par le tireur au tiré, l'autre comme un acte abstrait, valable par lui-même, indépendamment de toute provision.

La lettre de change, disent les partisans de la première théorie, constitue dans les rapports du preneur et du tireur un contrat *do ut facias*. C'est en échange de la valeur fournie que le tireur s'engage à assurer au preneur le paiement de la traite à l'échéance. Il y a là une obligation de

faire contractée par le tireur, qui, en cas d'inexécution, en l'espèce faute de paiement, donnera naissance à une action en dommages-intérêts au profit du porteur. Mais, en aucun cas, le porteur ne peut prétendre à un droit quelconque sur la provision.

Dans les rapports du tireur avec le tiré, la lettre de change contient un mandat. Or le mandat étant essentiellement révocable, le tireur conserve toujours le droit de rétracter l'ordre donné au tiré et de reprendre la provision. Si le porteur obtient l'acceptation du tiré, il aura évidemment une garantie de plus, mais c'est la seule qu'il lui soit possible d'obtenir. La provision n'est que le moyen de pourvoir au paiement de la lettre de change à l'échéance; elle n'intéresse que le tireur et le tiré, le porteur y reste entièrement étranger (1).

Cette théorie du mandat, si elle peut être admise lorsque la traite n'a pas été acceptée, ne saurait l'être lorsque le tiré a revêtu de son acceptation la lettre de change. D'après les règles traditionnelles du mandat, en effet, le mandataire n'agit que pour le compte du mandant et ne s'oblige pas personnellement vis-à-vis des tiers; or, par l'acceptation, le tiré contracte une obligation personnelle envers le porteur. Désormais, il est débiteur principal et sera soumis directement à l'action du porteur si la traite n'est pas payée à l'échéance. Il y a loin de cette situation à celle d'un simple mandataire.

Il existe, en outre, un autre argument contre la théorie du mandat : l'article 117 du Code de commerce décide que « l'acceptation suppose la provision » et on est d'accord au-

(1) Delamarre et Le Poitvin, *Traité théorique et pratique de Droit commercial*, t. V, p. 439 et s.; Lacour et Bouteron, *Précis de Droit commercial*, n° 1233; Béguelin, *De la revision du droit du change en Suisse*, dans *Verhandlungen des schweizerischen Juristentages*, 1904, p. 303.

jourd'hui pour convenir que cette règle s'applique dans les rapports du tireur et du tiré. Or, elle crée une présomption de provision contre le tiré. Si on considère le tiré comme un mandataire, cette présomption est contraire aux principes, car le mandataire n'est jamais présumé avoir reçu les sommes nécessaires à l'accomplissement du mandat. Aux termes de l'article 1999 du Code civil, il est seulement tenu d'apporter la preuve des avances et frais qu'il a faits pour l'exécution du mandat à lui confié. De plus, de droit commun, le mandataire peut renoncer au mandat alors que l'acceptation donnée par le tiré est irrévocable.

En dehors des objections d'ordre théorique qu'il soulève, le système du mandat paraît difficilement soutenable à l'heure actuelle, au moins en France, car il est nettement contraire à la législation qui attribue la provision au porteur, législation inspirée elle-même directement des nécessités pratiques.

Plus nombreux sont les partisans de la seconde théorie, qui, abandonnant délibérément le terrain traditionnel de la lettre de change, la considèrent comme un acte abstrait, détaché de sa cause par la volonté des parties; il en résulte que la lettre de change constate seulement l'engagement pris par le tireur envers le public de faire payer à l'échéance la somme portée sur le titre. D'ailleurs, pour se défendre, en quelque sorte, de créer de toutes pièces un système juridique, certains adeptes de cette théorie font appel à l'institution romaine de la *stipulatio*. Comme elle, la lettre de change est un *moule juridique* permettant aux parties de créer un droit de créance indépendant de toute considération antérieure.

Cette conception d'origine germanique rallia de nombreux jurisconsultes, tant étrangers que français, et cons-

titue à l'heure actuelle le fondement de plusieurs législations cambiaires. Une de ses conséquences les plus directes est de supprimer la question de la provision du droit du change. Nous aurons à préciser ultérieurement la valeur de cette théorie. Qu'il nous suffise pour le moment d'indiquer que le détachement d'un acte de sa cause, s'il est facile en apparence, est moins sûrement réalisable dans la pratique; il sera démontré d'ailleurs que la provision, théoriquement délaissée, joue malgré tout un rôle qui ne peut être méconnu.

Ces indications données, on peut dire que les systèmes proposés pour justifier le droit du porteur sur la provision sont au nombre de deux : le premier considère que la lettre de change renferme une délégation au profit du porteur; le second une cession de créance.

Nous examinerons successivement ces deux systèmes, avec les variantes auxquelles ils ont donné lieu et les critiques qu'ils soulèvent.

SECTION PREMIERE

Théorie de la délégation.

Pour expliquer les rapports qui naissent de la lettre de changé, et notamment l'attribution de la provision au porteur, plusieurs auteurs et de nombreuses décisions de jurisprudence ont adopté un système savamment développé par M. Thaller, qui considère la lettre de change comme renfermant une délégation.

Avant de créer la traite, le tireur était débiteur du preneur à raison de la valeur fournie. D'autre part, ce tireur se trouvait au moment du tirage créancier du tiré. Par la lettre de change, le tireur donnera à son débiteur, le tiré,

l'ordre de payer pour lui le preneur. Ce dernier présentera la traite à l'acceptation et cette formalité ne constituera pas autre chose que l'acceptation de la délégation.

Tout comme la délégation, la lettre de change suppose l'existence de trois personnes; le déléguant, le délégué et le délégataire, étant représentés par le tireur, le tiré et le preneur. Il est à remarquer, d'ailleurs, que la délégation existe, même si le tiré n'est pas débiteur d'une dette exigible envers le tireur au moment de la création de la lettre de change. Il y a alors une délégation-promesse qui obéit aux mêmes règles que la délégation ordinaire.

D'après les règles de la délégation, il est nécessaire que le délégué accepte formellement la délégation. Cette acceptation donnera d'ailleurs au délégataire une action directe contre le délégué. Il en est de même en matière de lettre de change, l'acceptation du tiré ayant pour effet de donner au porteur une action directe contre lui, en cas de non-paiement à l'échéance.

Que va devenir la provision dans ce système ? Il est intéressant de constater en quels termes M. Thaller indique son sort : « La créance du tireur sur le tiré », écrit-il, « a été implicitement il est vrai, mais d'une manière certaine, transportée au bénéficiaire par l'acceptation. Je vous donne ordre, a dit le tireur au tiré, de prendre ma place dans ma dette envers le preneur : en retour de quoi, je vous libère de ce que vous me devez. Sur cette invitation, le tiré a accepté. La provision, créance du tireur contre le tiré, en considération de laquelle cette acceptation a eu lieu, est par là même immobilisée. Cependant, cette créance n'est pas éteinte. Elle l'est si peu que le tireur, obligé par hypothèse de payer à l'échéance, aurait le droit de se retourner contre ce tiré et d'exercer les garanties dont sa

créance ancienne était pourvue. Aussi longtemps que la traite circule, la créance constitutive de la provision est seulement *assoupie*. La novation ne se présume point (art. 1273). Cette créance, temporairement assoupie, doit appartenir à quelqu'un. Qui donc s'en trouve actuellement titulaire ? Le porteur de la traite, rendu, grâce à l'acceptation, cessionnaire de la provision... Cette créance est *traînée en remorque de l'opération*, dévolue au bénéficiaire de la délégation. Celui-ci succède au droit qu'avait le déléguant sur elle. Il peut invoquer désormais : 1° la créance directe née de la délégation et échappant aux vices dont pourrait souffrir la dette du délégué; 2° et aussi, s'il y trouve avantage, la créance du déléguant, tacitement cédée, sans qu'il y ait eu besoin d'en faire la signification, avec toutes ses sûretés et tous ses risques. »

Et M. Thaller, tout heureux d'avoir donné du mécanisme de la lettre de change une explication qui lui paraît péremptoire, conclut avec quelque lyrisme : « Et qu'on admire le don d'aimantation de la lettre de change ! La créance contre le tiré vient s'attacher à elle, comme l'avait fait déjà la créance du preneur sur le tireur, comme le fera plus tard à chaque endossement la créance du nouveau porteur contre son prédécesseur... Richesse de sûretés accouplées, sans exemple dans le reste du droit privé !... Dans la traite, comme dans un creuset, bouillonnent des dettes émanant des contrats les plus divers et qui trempent ce « métal de Corinthe » de si belle venue, l'effet de commerce, la monnaie fiduciaire privée de l'époque moderne ! » (2).

Il résulte de ces développements que lorsque la traite a

(2) Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 5^e éd., nos 1444, 1446 et 1447.

été acceptée, le tireur ni ses créanciers ne peuvent prétendre à aucun droit sur la provision qui est dévolue au porteur. Mais s'il n'y a pas eu acceptation, la délégation ne s'est pas formée et la provision est demeurée la propriété du tireur. Telle est, exposée à larges traits, la théorie de la délégation appliquée à la lettre de change. Elle compte encore des partisans convaincus, bien que la jurisprudence, qui l'appliqua jadis, l'ait aujourd'hui délaissée. Sans entrer dans trop de détails, il importe cependant de signaler les principales objections qui peuvent être présentées à l'encontre de ce système, d'ailleurs ingénieux.

Tout d'abord, on doit constater que la clef de voûte de la délégation, c'est l'acceptation du tiré, puisque si elle ne se produit pas le mécanisme ne fonctionne pas, il n'y a pas de délégation et il n'y a pas davantage de transmission de la provision au porteur. Or, on ne saurait perdre de vue que l'acceptation n'est nullement obligatoire dans la lettre de change : il existe des traites non acceptables et même pour les traites ordinaires, la présentation à l'acceptation ne constitue qu'une faculté pour le porteur et non une obligation ⁽³⁾. Est-il possible, dès lors, d'expliquer la nature juridique de la lettre de change en prenant pour base un élément qui n'est point essentiel à sa validité ?

Quelle explication donner des lettres de change non acceptées ?

D'autre part, il paraît assez difficile d'admettre que le droit du porteur soit soumis au fait du tiré qui n'est pas intervenu au moment de la conclusion du contrat entre le tireur et le preneur : que le tiré refuse d'accepter la traite et voilà brusquement le porteur privé à la fois de

(3) Cf. art. 117, § 3, C. com.

la créance directe résultant de la délégation, qui ne prend pas naissance, et de tout droit sur la provision.

En outre, il existe, dans une certaine mesure, une contradiction dans le système : M. Thaller indique nettement, d'une part, que la provision est transportée au porteur par le fait de la délégation, et, d'autre part, qu'en cas de non-paiement, le tireur a le droit de s'en prévaloir pour agir contre le tiré. Comment le tireur peut-il agir en vertu d'une créance qui n'est plus dans son patrimoine ?

Cette théorie de la délégation, telle qu'elle a été présentée par M. Thaller, ne peut plus être admise depuis que le législateur a décidé expressément que la provision était attribuée *de droit* au porteur de la lettre de change, en dehors de toute acceptation du tiré ⁽⁴⁾.

Toutefois, il importe de remarquer le soin apporté par M. Thaller lui-même à indiquer de quelle manière la provision est transmise au porteur. On sent derrière les métaphores employées le souci d'incorporer cette cession dans le mécanisme de la délégation, et on a l'impression très nette que cette cession, « traînée en remorque de l'opération », occupe en réalité une place de premier plan. C'est d'ailleurs ce point de vue qui se manifeste dans la jurisprudence relative à la délégation ⁽⁵⁾. Même dans le pur système de M. Thaller, l'idée d'une cession de créance adjointe à la délégation se fait jour et cette idée a été reprise par certains auteurs pour essayer de sauver la théorie de M. Thaller en la rajeunissant.

M. Ghelmegeanu, dans sa thèse de doctorat : *Essai sur*

(4) V. pour de plus amples détails : Ghelmegeanu, *op. cit.*, p. 68 et s., Adatto, *De la propriété de la provision en matière de lettre de change*, p. 39 et suivantes.

(5) V. notamment : Cass., 12 août 1879, S., 80. 1. 57; Cass., 23 nov. 1898, S., 99. 1. 463.

une théorie générale des effets de commerce en droit français, soutient qu'à son avis la lettre de change contient une promesse abstraite par voie de délégation. Les rapports existant entre le tireur et le preneur « s'analysent juridiquement dans un contrat qui tend à substituer un nouveau débiteur, le tiré, à la place de l'ancien, le tireur. Mais, dans l'espèce, cette substitution de débiteur n'a pas un effet novatoire. Le tireur continue donc à rester obligé envers le preneur d'après l'engagement originaire qui subsiste sous la forme nouvelle de l'effet avec ses particularités et ses garanties, tout en acquérant des attributs nouveaux, propres au droit de change ». D'autre part, l'effet caractéristique de l'acceptation consiste dans l'engagement du tiré envers le preneur. Il intervient entre eux un « contrat unilatéral qui contient une promesse abstraite : la promesse de payer faite par le tiré. Par rapport au preneur, elle est détachée de sa cause juridique » ⁽⁶⁾. Grâce à l'adjonction de la promesse abstraite à la délégation, M. Ghelmegeanu explique facilement la règle de l'inopposabilité au preneur, après l'acceptation, des exceptions que le tiré pouvait invoquer contre le tireur.

Cette théorie a été développée d'une manière plus méthodique par M. Brèthe, professeur à la Faculté de Droit d'Aix, dans un intéressant article sur la *Théorie juridique des titres à ordre* ⁽⁷⁾. Critiquant la théorie de la cession de créance, principalement parce qu'elle lui paraît impuissante à expliquer comment le tiré accepteur ne peut opposer au preneur les exceptions qu'il eût fait valoir contre son créancier le tireur, M. Brèthe précise que la cession de la pro-

(6) Ghelmegeanu, *op. cit.*, p. 98 et 99.

(7) *Revue trimestrielle de Droit civil*, année 1926, p. 637 à 710.

vision n'est que l'accessoire dans la traite et que « la clef de la lettre de change » c'est l'acceptation du tiré.

Le caractère irrévocable de cette acceptation et son effet radical relativement à l'inopposabilité des exceptions démontrent qu'elle constitue une obligation abstraite. Si, en effet, il n'en était pas ainsi, lorsque le tiré cesserait d'être débiteur du tireur après l'acceptation, son engagement serait sans cause et se trouverait désormais sans valeur aux termes de l'article 1131 du Code civil; or, il n'en est rien et l'acceptation lie le tiré, même si l'obligation est sans cause.

D'ailleurs, continue M. Brèthe, « il arrive parfois, par exception à l'article 1108 du Code civil, que la cause n'est pas un élément du contrat » et qu'elle est restée, suivant les expressions de M. Capitant, « en dehors du champ contractuel ». Il en est ainsi en matière de cautionnement et aussi en matière de délégation, car l'obligation du délégué envers le délégataire est forcément abstraite. Adaptant ensuite la délégation au mécanisme de la lettre de change, M. Brèthe montre que l'engagement du tiré accepteur est nécessairement abstrait, ce qui justifie fort bien l'inopposabilité des exceptions.

Comparant cette théorie à celle de M. Thaller, son auteur montre les différences qui existent entre elles. Pour expliquer l'inopposabilité des exceptions, M. Thaller était obligé d'admettre que la délégation devait, en outre, réaliser un cautionnement, l'acceptation du tiré constituant l'accession d'une caution à la dette d'autrui. Or, la situation d'une caution est tout à fait différente de celle de l'accepteur qui se trouve débiteur principal, qui peut être poursuivi par le tireur s'il ne paie pas la traite et qui ne peut opposer au porteur l'extinction, la nullité ou la résolution de la créance du tireur.

S'il est exact que les modifications apportées par M. Brèthe au système de la délégation présenté par M. Thaller le perfectionnent, il n'en demeure pas moins que les critiques que nous avons adressées plus haut à la délégation subsistent. D'autre part, en faisant appel à l'acte abstrait pour expliquer les effets de l'acceptation, cette théorie se heurte à de nouvelles difficultés.

Sans entrer, en effet, dans le détail du système de l'acte abstrait, il paraît difficile de soutenir que l'acceptation donnée par le tiré est un engagement abstrait, séparé de sa cause. Si, en effet, le tiré consent à accepter la lettre de change, c'est ou qu'il a provision ou qu'il espère avoir provision avant l'échéance. L'acceptation est tellement liée à la provision que la loi fait découler de l'acceptation la présomption que la provision existe, tant il est peu probable que quelqu'un consente à s'engager sans avoir reçu la contre-partie de son engagement ou tout au moins sans avoir l'espoir de la recevoir. Il est possible, il est vrai, que le tiré accepte de s'engager dans le seul but d'être agréable au tireur ou de lui faire une libéralité, mais ce ne peuvent être là évidemment que des cas exceptionnels.

D'ailleurs, l'origine historique de l'acceptation paraît contredire ce caractère abstrait qu'on veut lui attribuer. Il faut se souvenir, en effet, qu'au début l'acceptation fut pratiquée en foire, la veille de l'échéance des lettres de change et qu'elle n'était donnée par le tiré que s'il se trouvait avoir provision du tireur. Il y avait là tout autre chose qu'un acte abstrait, puisque cette promesse de payer que constitue l'acceptation était intimement liée à la provision. Peu à peu, le moment de l'acceptation s'est déplacé et s'est éloigné de l'échéance, mais l'acte a conservé la même valeur et demeure toujours, croyons-nous, inséparable de sa cause.

Tout en déclarant que l'acceptation est la clef de la lettre de change, M. Brèthe a senti cependant qu'il était nécessaire de donner une explication juridique de la traite non acceptée, puisque alors la délégation est inapplicable; il indique que, dans ce cas, la lettre de change « ne demeure lettre de change qu'en la forme », et qu'elle constitue en réalité un billet à ordre ⁽⁸⁾. Mais est-il possible de transformer une lettre de change en billet à ordre sous prétexte qu'elle n'a pas été acceptée ? Il ne pourrait en être ainsi que si l'acceptation était un élément essentiel de la lettre de change et constituait la seule différence entre la lettre de change et le billet à ordre. Or, la lettre de change existe et demeure lettre de change en dehors de toute acceptation et la technique des deux effets de commerce présente des différences notables. Si l'acceptation est indispensable à la délégation, elle n'est pas indispensable à la lettre de change et c'est sans doute la critique la plus sérieuse qui puisse être adressée à cette théorie.

Quoi qu'il en soit, nous constatons que M. Brèthe, dans l'impossibilité d'expliquer aujourd'hui l'attribution légale de la provision au porteur par une simple délégation, a dû rajeunir l'œuvre de M. Thaller. Il l'a fait en précisant que « la délégation peut toujours s'accompagner d'une cession par le déléguant au délégataire de sa créance contre le délégué. Le délégataire peut ainsi être investi de deux créances contre le délégué, la sienne propre et celle du déléguant, afin de profiter des sûretés qui garantiraient cette dernière ». On peut donc conclure que la délégation a dû être complétée par l'idée de cession de créance pour rendre raison de la cession de la provision au porteur, « cession réalisée par l'endossement et rendue obligatoire par la

(8) *Revue trimestrielle de Droit civil*, année 1926, p. 637, note 1.

loi du 8 février 1922, à cause de ses avantages pratiques. » (9).

Nous en avons terminé avec la première théorie essayant de justifier le droit du porteur sur la provision. L'institution vieillie et compliquée de la délégation est impuissante à rendre compte de cette solution essentiellement pratique qu'est l'attribution de la provision au porteur; la meilleure preuve c'est qu'on a été obligé d'adjoindre à la délégation une cession de créance pour ne pas être en contradiction directe avec la loi.

Abandonnée aujourd'hui par la jurisprudence, la théorie de la délégation, dont certains veulent éviter l'effondrement, ne se suffit plus à elle-même.

Examinons maintenant si la théorie de la cession de créance offre une explication satisfaisante du droit du porteur sur la provision.

SECTION II

Théorie de la cession de créance.

A l'inverse de la théorie de la délégation, la théorie de la cession de créance a pour elle le mérite de la simplicité. Suivant ses partisans, la lettre de change est destinée à réaliser la cession au porteur de la créance du tireur sur le tiré.

A l'appui de cette opinion, on invoque l'autorité des anciens commercialistes, notamment celle de Dupuis de la Serra, lorsqu'il écrit que « le contrat de change est plutôt une cession de la créance que l'on a sur celui qui la doit

(9) Brèthe, *article préc.*, *Rev. trim. de Droit civil*, 1926, p. 663; Cf. Thaller, *De la nature juridique du titre de crédit*, *Annales de Droit commercial*, 1906, p. 123; Hubert, *Essai sur la théorie juridique de la délégation en droit français*, thèse Poitiers, 1899, n° 112.

payer qu'une vente d'argent : or, il est certain qu'une créance peut être achetée et vendue, donc le contrat de change est une espèce d'achat et de vente » (10).

Les rédacteurs du Code de commerce ont adopté, dit-on, le point de vue traditionnel et la lettre de change a toujours pour but de réaliser la cession de la provision, cession qui s'opère indépendamment de toute acceptation.

Puis, en faveur de cette théorie de la cession de créance, on présente des arguments de texte :

La preuve que la lettre de change réalise une cession de créance, c'est que l'article 136 du Code de commerce déclare que « la propriété d'une lettre de change se transmet par la voie de l'endossement ».

Or, la lettre de change est inséparable de la provision et le seul fait de l'endossement a pour effet de faire passer la provision dans le patrimoine du preneur. Il y a, d'ailleurs, une similitude évidente entre l'article 136 du Code de commerce et l'article 711 du Code civil (11), le législateur commercial n'ayant fait qu'appliquer le principe adopté en matière civile. Au surplus, la cession de la provision au preneur par la voie de l'endossement est une mesure de justice; il ne faut pas oublier, en effet, que le preneur a remis au tireur la valeur fournie; il est donc nécessaire que le tireur remette à son tour au preneur un équivalent, car il ne saurait recevoir une valeur sans donner de contre-partie : c'est précisément la provision qui constitue la contre-partie de la prestation du preneur.

Un autre argument de texte invoqué par les partisans de cette théorie est tiré de l'article 149 du Code de commerce ainsi conçu : « Il n'est admis d'opposition au paiement qu'en

(10) Dupuis de la Serra, *L'art des lettres de change*, chap. III, n° 21.

(11) Art. 711 C. civ. : « La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations. »

cas de perte de la lettre de change ou de la faillite du porteur ». La seule lecture de ce texte en démontre le caractère limitatif; il en résulte qu'en dehors des deux cas prévus, la lettre de change doit être payée à l'échéance, et que notamment la faillite du tireur ne met pas obstacle au paiement. Si donc les créanciers du tireur ne peuvent pas faire opposition au paiement de la traite, c'est que la provision est sortie définitivement de son patrimoine pour passer dans celui du porteur. D'autre part, la rédaction même de l'article 149 démontre que la provision a bien été transmise au porteur. C'est, en effet, en sa faveur qu'a été établie cette disposition, car c'est lui qui fera opposition en cas de perte de la lettre de change, et s'il tombe en faillite, ce seront ses créanciers, investis des droits qu'il possédait sur la provision. L'article 149, nettement inspiré par l'intérêt du porteur, fortifie par là même la sécurité de la lettre de change (12).

MM. Lyon-Caen et Renault voient dans cette disposition « l'argument le plus fort et le seul décisif qui ait été invoqué en faveur du porteur » (13). Nous verrons ce qu'il faut en penser.

Cette théorie de la cession de créance a été justement attaquée : elle est impuissante à justifier le droit du porteur sur la provision.

Pour l'établir, nous rappellerons les principes qui régissent l'institution de la cession de créance, en recherchant ensuite s'ils sont observés dans la transmission de la provision au porteur. Si nous constatons que les règles essentielles de la cession de créance sont délaissées dans le cas qui nous occupe, c'est que, tout comme la délégation, la

(12) Haour, *De la provision dans les effets de commerce*, p. 67.

(13) Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, t. IV, n° 180.

cession de créance ne peut expliquer le droit reconnu aujourd'hui au porteur sur la provision.

La cession de créance obéit à des conditions de fond et de forme réglementées par la loi. Ces conditions sont-elles réalisées dans l'attribution de la provision au porteur ?

Examinons tout d'abord les conditions de fond.

La cession de créance est un contrat, personne ne saurait en disconvenir, et, en cette qualité, elle nécessite, pour prendre naissance, le consentement du cédant et du cessionnaire.

Or, la transmission de la provision au porteur se produit — aux termes mêmes de la loi — *de droit*; c'est dire qu'en dehors de toute manifestation de volonté du porteur et du tireur, elle se trouve réalisée. Non seulement par le seul effet de la loi le porteur reçoit la provision, mais il est encore permis de se demander, en présence de la formule énergique adoptée par la loi du 8 février 1922, s'il serait possible aux parties d'éviter l'attribution de la provision au porteur. Cette attribution est *légale* et diffère totalement d'une cession de créance, toujours *conventionnelle*.

D'autre part, pour qu'il y ait cession de créance, il faut évidemment qu'il y ait créance. L'article 1693 du Code civil le rappelle en indiquant que « celui qui vend une créance ou autre droit incorporel doit en garantir l'existence au temps du transport, quoiqu'il soit fait sans garantie ». Or, souvent, lorsque le tireur créera la lettre de change, il ne sera pas créancier du tiré. Il ne faut pas oublier que l'article 116 du Code de commerce ne prévoit la provision qu'à l'échéance et qu'il est de l'intérêt du tireur de constituer provision le plus tard possible. Comment dire dans ces conditions que la lettre de change réalise une cession de créance, puisque la provision n'existe pas toujours au moment de l'émission de la traite? Bien plus, l'existence

de la provision n'est pas seulement future, mais elle est encore incertaine, car aucun texte n'oblige le tireur à faire provision et il arrive parfois dans la pratique que la provision n'est jamais constituée. Il y a là évidemment une situation tout à fait contraire à la cession de créance et Delamarre et Le Poitvin ont écrit en la considérant : « Singulière créance cédée, qui peut, à la volonté du cédant, être ou ne pas être, où le cédant fait et défait *ad libitum* le débiteur cédé! Singulier cessionnaire qui ne saurait dire ce qu'est la créance ou la chose cédée, ni même en affirmer l'existence présente ou future! » (14).

Il faut ajouter, en effet, et c'est ce qui rend encore plus précaire le droit du porteur, que le tireur est non seulement libre de faire ou non provision, mais encore, suivant une opinion répandue, qu'il conserve après l'avoir faite le droit de la reprendre aux mains du tiré, au moins jusqu'à l'acceptation.

N'est-il pas illusoire de parler de cession lorsque le cédant conserve le droit de reprendre ce qu'il a cédé, sans aucune compensation pour le cessionnaire, contrairement aux principes les plus élémentaires des contrats ? Un tel engagement ne tombe-t-il pas d'ailleurs sous le coup de l'article 1174 du Code civil qui déclare nulle toute obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ?

Passons maintenant aux conditions de forme auxquelles est assujettie la cession de créance.

De droit commun, la cession de créance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre (art. 1689 C. civ.) et le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur, ou l'acceptation de ce transport par le débiteur dans un acte authentique (art. 1690 C. civ.).

(14) *Traité de Droit commercial*, t. V, n° 271, p. 489.

Que se passe-t-il dans le fonctionnement de la lettre de change ?

La traite est transmise entre les porteurs successifs par l'endossement, et les partisans de la cession de créance de dire que cet endossement, transmettant le titre, transmet aussi la provision, conformément à l'article 1689. Mais on n'oublie qu'une chose : c'est que la lettre de change ne constitue pas un titre constatant la créance du tireur sur le tiré ou provision. La lettre de change, en effet, ne contient pas de reconnaissance de dette du tiré envers le tireur ; elle ne contient même pas de mention susceptible de renseigner le porteur sur l'existence de la provision. Lorsque la traite aura été acceptée, la signature du tiré sera bien la marque de son engagement, mais il ne faut pas oublier que l'acceptation crée entre le tiré et le porteur un lien direct indépendant de toute provision. On ne peut donc pas dire, même dans ce cas, que la lettre de change constate la dette du tiré envers le tireur.

Comment, dès lors, expliquer cette prétendue cession de créance, qui se réaliserait en dehors de la remise d'un titre constatant l'engagement du débiteur ?

Mais ce n'est pas tout.

Si la transmission de la provision entre le tireur et le preneur et entre les porteurs successifs ne peut s'expliquer par les règles de la cession de créance, on est obligé de constater que ces mêmes règles ne s'appliquent pas dans les rapports du tireur et du tiré, car leur situation est toute différente de celle d'un cédant et d'un débiteur cédé :

De droit commun, la cession de créance n'est opposable aux tiers et au débiteur cédé que lorsque le débiteur a eu connaissance de cette cession. C'est là une mesure nécessaire, car il faut bien que le débiteur sache quel est son

créancier, entre les mains de qui il devra effectuer son paiement. Cette mesure permet aussi de sauvegarder les droits du débiteur cédé, qui sera valablement libéré s'il paie le cédant avant d'avoir reçu la signification du transport (art. 1691).

En matière de transmission de la provision, aucune signification au tiré n'est nécessaire; la provision est transmise *de droit* au porteur, sans que le porteur ou le tireur n'ait à en aviser le tiré. Il peut résulter de cette situation des conflits graves entre des intérêts également respectables, par exemple si le tiré, ignorant qu'il a été fait traite sur lui, paie sa dette au tireur. Ce paiement sera-t-il libératoire pour le tiré ? Si on l'admet, on réduit à néant la propriété de la provision attribuée au porteur et si on ne l'admet pas, on obligera le tiré à payer deux fois la même dette. Nous reviendrons sur ce point; constatons seulement pour le moment que dans les rapports du tireur ou du porteur avec le tiré l'attribution de la provision n'obéit pas aux règles de la cession de créance.

Il est, en outre, une autre constatation qui permet de conclure que la transmission de la provision ne peut être expliquée par l'idée de cession de créance.

Si on admet, en effet, que la provision, créance du tireur sur le tiré, est transmise aux porteurs successifs par une véritable cession de créance, il faut admettre que cette cession est réalisée par l'endossement.

S'il en est ainsi, il faut appliquer les principes de la cession et il en résulte que la créance cédée passe du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire telle qu'elle est, mais affectée également des exceptions qui peuvent en paralyser l'exercice. C'est là l'application de la règle : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Or, il

en est tout autrement en matière de lettre de change, car l'endossement confère à l'endossataire un droit « purgé » des vices qui l'affectaient auparavant, car le débiteur ne peut opposer au nouveau créancier aucun des moyens de défense ni aucune des exceptions qu'il eût pu faire valoir contre le créancier précédent.

Cette question classique de l'inopposabilité des exceptions a été très discutée et a constitué un point d'appui des plus sérieux pour soutenir que l'endossement était très différent d'une cession de créance. M. Huc en a même conclu avec quelque ironie qu'il constituait « une espèce de cession dans laquelle on n'applique aucune des règles de la cession. » (15). L'inopposabilité des exceptions impliquant que le porteur n'a pas un droit dérivé, mais un droit propre, peut-on dire que le souscripteur du titre à ordre a pris un engagement unilatéral envers tous les porteurs successifs, en sorte que les exceptions qu'il pourrait faire valoir contre l'un d'eux n'affectent pas le droit des autres ? M. Lacour l'a soutenu (16); M. Capitant a repris cette thèse avec quelques modifications (17) et M. Brèthe l'a précisée dans les termes suivants : « ... Une obligation à ordre se décompose en plusieurs obligations successives ayant toutes le même objet, qui se remplacent les unes les autres au fur et à mesure de la circulation du titre qui les constate. La première obligation naît d'un contrat qui lie le souscripteur avec le preneur, les autres naissent en même temps d'un engagement unilatéral greffé sur le contrat, mais ce sont des obligations éventuelles qui ne produiront leur effet que si le premier créancier désigne un autre bénéficiaire à sa

(15) Huc, *Traité de la cession et de la transmission des créances*, t. II, p. 283.

(16) Lacour et Bouteron, *Précis de Droit commercial*, 2^e éd., t. II, n^o 1288.

(17) Capitant, *De la cause des obligations*, n^o 192.

place. Cette désignation s'opère par l'endossement. La créance à ordre n'est pas transmise, puisque le débiteur est tenu envers chaque porteur par un lien d'obligation distinct de celui qui l'unissait aux précédents; c'est le titre seulement qui est transmis et il doit l'être, parce que le débiteur s'étant d'avance obligé envers les futurs créanciers par sa signature, il n'y a pas lieu de lui redemander son acceptation, et que, pour prouver sa qualité de créancier, le dernier porteur n'a pas d'autre moyen que de lui présenter le titre couvert des signatures des endosseurs établissant la chaîne régulière des substitutions de créance jusqu'au dernier. » (18).

Cette explication de l'inopposabilité des exceptions, si elle est ingénieuse, paraît aussi bien complexe. Il est, en outre, une contradiction qui paraît se dégager du système qui vient d'être exposé et que nous indiquons immédiatement : D'une part, en effet, on maintient que l'endossement est tout à fait différent d'une cession de créance, et, d'autre part, on admet que « l'endossement est une cession de créance, *appliqué à la provision...*, car la créance de la provision est en dehors de la lettre de change » (19). L'endossement est-il susceptible de changer de nature, suivant les circonstances ? Nous ne pouvons l'admettre.

Une autre explication de l'inopposabilité des exceptions a été donnée par Abd-el-Fattah el-Sayed Bey et M. Marc Deserteaux dans les termes suivants : « La conciliation de ces deux idées : inopposabilité d'une part, endossement-cession de l'autre, est-elle aussi difficile qu'on l'a dit quelquefois ? Nous ne le pensons pas. Il faut, croyons-nous, partir de cette idée que l'endossement est bien une cession, mais une cession d'un droit soumis à un mode spécial de publicité : l'ins-

(18) Brèthe, *Théorie juridique des titres à ordre*, préc., n° 57.

(19) Brèthe, *Eod. loc.*, n° 78 bis.

trument de la publicité est ici le titre sur lequel figure le corps de l'effet; le but de la publicité est de renseigner les tiers sur les droits du cédant, de telle manière que, en consultant l'écrit, ils sachent exactement de quelles garanties disposait le cédant et de quels vices son droit était atteint. Lorsqu'une exception opposable au cédant n'a pas été publiée au moyen d'une mention sur le titre, elle ne pourra pas être invoquée contre le cessionnaire; il y a là simplement une sanction de règles de publicité. Le mécanisme de l'opération est le même qu'en matière de transcription des aliénations immobilières. » (20).

Malgré son habileté, cette explication paraît bien audacieuse. Ce n'est, en effet, qu'une pure affirmation de soutenir que la cession faite par endossement est soumise à un mode de publicité analogue à celui qui existe pour les aliénations immobilières. Il n'a jamais été question de soumettre la cession de créance en général à une autre publicité qu'à celle de l'article 1690 du Code civil. Comment admettre donc une sanction quelconque pour une publicité que la loi n'exige pas ? On ne saurait soutenir par ailleurs que c'est l'usage qui exige l'indication sur la lettre de change des exceptions opposables au cessionnaire, car jamais dans la pratique il n'est fait mention sur le titre d'aucune exception, même dans le cas où il s'agit d'une exception opposable au porteur.

En outre, si on admet que pour être opposables au porteur les exceptions doivent être mentionnées sur la lettre de change, il faut admettre en bonne logique que les garanties attachées à la traite doivent être mentionnées sur le titre pour que le porteur puisse s'en prévaloir. Or, une telle mention n'est pas nécessaire.

(20) Abd el-Fattah el-Sayed Bey et Marc Desserteaux, *Traité théorique et pratique des effets de commerce en droit égyptien*, Dijon, 1928, p. 60.

En réalité, sur ce point comme sur les précédents, la théorie de la cession de créance est en défaut. Cession de créance et inopposabilité des exceptions sont inconciliables. M. P. Esmein l'avoue lorsqu'il déclare que l'inopposabilité des exceptions paraît échapper à toute justification théorique ⁽²¹⁾ et M. Bourcart, malgré tout son talent, ne peut résoudre le problème qu'il expose d'ailleurs en termes excellents ⁽²²⁾.

Enfin, en ce qui concerne l'argument tiré de l'article 149 du Code de commerce et auquel les partisans de la théorie de la cession de créance attachent un grand prix, il n'a pas la portée qu'on veut lui attribuer : l'article 149 vise uniquement les cas où le porteur de lettre de change n'est pas un porteur légitime (cas de perte ou de vol) ou un porteur capable (cas de faillite). Au contraire, lorsque le tireur est tombé en faillite, le porteur reste créancier légitime et capable et l'article 149 est hors de cause. D'ailleurs, est-ce bien une opposition au paiement que le syndic signifie lorsqu'il demande que la provision rentre dans la masse ? Il semble que non car le syndic se contente de prévenir le tiré que s'il paie, ce sera à ses risques ⁽²³⁾.

(21) *Revue trimestrielle de Droit civil*, année 1921, p. 6 et s. : « Etude sur le régime juridique des titres à ordre et au porteur et en particulier l'inopposabilité des exceptions. »

(22) « ...Assurément la notion d'ayant cause est en contradiction avec l'inopposabilité des exceptions. Mais, en sens contraire, se dresse l'obligation de garantie des endosseurs vis-à-vis des porteurs successifs... Sans doute la garantie est bien différente dans la cession et dans l'endossement... mais en quel sens ? elle est renforcée. On en connaît les raisons psychologiques et pratiques. Mais, si elle est renforcée, son existence a encore plus de poids que dans la cession ordinaire. La garantie suppose une transmission d'une personne à une autre. S'il n'y avait aucune transmission, la garantie ne se concevrait pas, et plus cette garantie s'accroît, plus l'argument est fort. Alors nous voilà dans l'état. L'une des branches, l'inopposabilité des exceptions, contredit la qualité d'ayant cause, l'autre branche, la garantie, la suppose. » (Bourcart, *Les Répercussions de la loi du 8 février 1922. Annales de Droit commercial*, 1923, p. 193.)

(23) Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, n° 1434.

Nous venons ainsi d'établir que la transmission de la provision au porteur obéissait à des règles toutes différentes de celles de la cession de créance. Les jurisconsultes qui ont voulu à tout prix assimiler la transmission de la provision à une cession de créance n'ont abouti, malgré leur science et leur ingéniosité, qu'à créer une cession défigurée où on ne retrouve aucun des caractères essentiels de la véritable cession de créance.

Aussi nous nous refusons à les suivre et nous concluons, à la suite de l'examen auquel nous nous sommes livré, que la théorie de la cession de créance est tout aussi impuissante que la théorie de la délégation à expliquer l'attribution de la provision au porteur de la lettre de change.

Il serait évidemment facile de renoncer à toute explication rationnelle du droit du porteur en déclarant qu'il constitue une création pratique en marge des principes, mais nous estimons devoir adopter une autre attitude et tenter une justification juridique de ce droit.

Pour la clarté du raisonnement, nous procéderons du simple au complexe.

A cet effet, prenons tout d'abord le cas le plus simple qui puisse se présenter : Un tireur créant sur un tiré une lettre de change au profit d'un preneur. Supposons que la traite n'a pas été acceptée par le tiré et que le tiré n'a pas provision.

Quelle est la situation respective des parties en présence ?

Le tireur a reçu du preneur la valeur fournie et, en échange, il crée au profit de ce preneur la lettre de change. En créant la traite et en la signant, le tireur s'engage envers le preneur à lui procurer à une date déterminée le paiement de ce qu'il lui doit, paiement qui sera effectué soit par le tiré, soit par le tireur à défaut du tiré.

Par la traite, le tireur se reconnaît débiteur du preneur et s'oblige à lui procurer le paiement de sa créance.

Et le tiré ? Le tiré reste en dehors de l'opération. N'ayant pas accepté la lettre de change, aucun lien ne s'est établi entre lui et le porteur. N'ayant pas reçu provision, aucun lien ne le rattache au tireur.

Le véritable débiteur du preneur est donc le tireur qui a assumé l'obligation de procurer le paiement à l'échéance. Le tiré est étranger à l'affaire et ce n'est pas parce que le tireur lui donnera l'ordre de payer la traite au porteur qu'il aura vis-à-vis de celui-ci une obligation quelconque.

M. Thaller met en lumière ce principe dans les termes suivants : « ... A prendre à la lettre les énonciations du titre, le souscripteur donne simplement au preneur une *assignation de paiement sur un tiers*. Sans doute il s'engage. *Il est même le seul débiteur à l'origine, c'est sur lui que l'effet prend son assise*. Mais à quoi s'engage-t-il ? A procurer l'acceptation et le paiement du tiré, dit-on : il se porte « garant » du fait d'un autre. Cette assertion n'est pas fausse, mais elle saisit l'opération intervenue sous un angle trop court. Le tireur ne se contente point de déléguer le tiré et d'assumer la garantie de l'acceptation et du paiement. Cette « garantie » elle-même, pour certaine qu'elle soit, n'est pas, lorsqu'on se sert d'un pareil langage, fondée sur la raison véritable.

» Le souscripteur appose, en réalité, deux formules sur la lettre de change. Il en est une qu'il faut savoir lire entre les lignes et qui prime la formule de délégation, plus apparente, mais cependant d'ordre accessoire. Le tireur : 1° *se reconnaît débiteur du montant de l'effet pour l'échéance convenue*; 2° *renvoie le bénéficiaire à un tiers pour se faire payer par lui*. » Précisant ensuite le sens qu'il faut donner

au mot « garant » lorsqu'on parle du tireur, M. Thaller écrit : « ... Si *garantie* veut dire continuer à rester tenu quoiqu'on ait indiqué un tiers pour payer, et pour le cas où ce tiers ne paiera pas, assurément le tireur est garant. Mais si *garantie* signifie se porter fort du fait d'autrui, *ce n'est pas sur une garantie proprement dite que repose l'engagement du tireur, mais sur une dette préexistante à l'effet*. C'est dans un sens relâché qu'est pris le mot de garantie solidaire dans l'article 140. » ⁽²⁴⁾.

Ainsi donc c'est réellement le tireur qui est débiteur de l'obligation au paiement envers le preneur.

Ce point étant acquis, admettons que le preneur endosse la lettre de change à un tiers qui en devient porteur, et qu'à son tour, ce nouveau porteur endosse la traite à une autre personne. Les endossements successifs vont-ils modifier la situation ?

L'endossement a pour effet de transmettre à l'endossataire le titre qui constate l'obligation du tireur et de le mettre aux lieu et place du preneur primitif. A cette obligation du tireur contenue dans la lettre de change va s'ajouter la garantie de chaque nouvel endosseur, garantie résultant de la signature apposée par chacun d'eux sur la traite.

Cette conséquence de l'endossement ne modifie nullement l'obligation première du tireur qui, au lieu d'être tenu envers le preneur primitif, sera tenu envers le porteur. Les endosseurs successifs ne jouent que le rôle de garants de cette obligation. Ils sont garants solidaires de son exécution, mais le débiteur principal reste le tireur.

Cela est si vrai que si la traite n'est pas payée à l'échéance et si le porteur se retourne contre un endosseur pour obtenir

(24) Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 4^e éd., p. 653-654; Cl. Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit-commercial*, t. IV, n^o 25.

paiement, ce recours se répercutera finalement sur le tireur qui est le véritable débiteur de la somme due, car elle représente la contre-partie de la valeur fournie.

Nous en déduisons la conséquence que — toujours dans le cas de traite non acceptée et sans l'existence de provision — c'est le tireur qui est le débiteur du porteur, le tiré demeurant en dehors des obligations issues de la lettre de change, malgré les apparences extérieures auxquelles il ne faut pas s'arrêter.

Supposons maintenant que le tiré ait eu provision au moment de la création de la traite ou qu'il reçoive avant l'échéance provision du tireur. L'existence de cette provision va permettre au tireur d'exécuter son obligation d'assurer le paiement à l'échéance, paiement qui sera effectué par le tiré.

Dès qu'elle existe, cette provision, suivant l'expression de la loi, devient « la propriété » du porteur. C'est dire que le porteur, créancier du tireur qui doit lui procurer le paiement, devient créancier du tiré. On sait pour quelle hypothèse l'attribution de la provision au porteur a été instituée : pour permettre au porteur, dans le cas de faillite du tireur, d'échapper à la loi du concours. L'attribution de la provision constitue l'attribution d'une garantie légale à un créancier, garantie qui consiste dans l'affectation à ce créancier d'un élément du patrimoine de son débiteur.

Désormais, le porteur va se comporter comme le créancier du tiré, et le résultat pratique équivaudra à celui d'une cession de créance. Remarquons, cependant, que l'opération réalisée n'est juridiquement pas une cession de créance, car, nous l'avons indiqué précédemment, nous ne trouvons ici aucun des éléments essentiels de la cession de créance et notamment aucun accord de volontés à la base de la

transmission de la provision au porteur, car cette transmission a lieu par la seule autorité de la loi, indépendamment du consentement du tireur et du porteur.

D'ailleurs, cette affectation de la provision au porteur ne libère pas le tireur vis-à-vis du porteur : le tireur est toujours tenu d'assurer le paiement. Si la provision disparaît avant l'échéance ou si le tiré ne paie pas, c'est le tireur qui, finalement, devra faire les fonds, parce que l'affectation au porteur d'un élément de son patrimoine ne constitue qu'une *garantie* et ne fait pas disparaître son obligation.

Au surplus, le tiré est tenu vis-à-vis du porteur, non pas en vertu d'une obligation contractée *directement avec lui, mais seulement dans la mesure où il est débiteur du tireur*. S'il cesse d'être débiteur du tireur par suite de la disparition de la provision, il est libéré vis-à-vis du porteur. C'est encore la preuve que le droit conféré au porteur par la propriété de la provision n'est qu'un *droit de garantie* qui vient renforcer l'obligation principale au paiement qui subsiste en toute hypothèse à la charge du tireur.

Quel est donc l'acte par lequel le tiré contractera une obligation directe vis-à-vis du porteur ? Cet acte, c'est l'acceptation. Mais l'acceptation doit être laissée de côté, si on veut comprendre la question de la propriété de la provision, pour la raison bien simple que la propriété de la provision n'a d'utilité que lorsque la traite n'a pas été acceptée et que le système a pris naissance précisément pour protéger le porteur dans ce cas.

A quoi correspond l'institution de la « propriété de la provision » ? A la constitution d'une *garantie légale* au profit d'un créancier qui, pour des raisons pratiques, apparaît comme particulièrement intéressant. En quoi consiste-

t-elle ? Dans l'affectation à ce créancier d'un élément déterminé du patrimoine de son débiteur.

Le rôle de la propriété de la provision précisé, il importe de rechercher comment cette institution se rattache à la situation juridique du porteur de la lettre de change; c'est ce que nous allons tenter dans le chapitre suivant.

CHAPITRE II

DETERMINATION DE LA SITUATION JURIDIQUE

DU PORTEUR.

SA QUALITE DE CREANCIER CHIROGRAPHAIRES

A GAGE INDIVIDUALISE.

Nous avons dû reconnaître précédemment que, malgré la science et l'ingéniosité des auteurs, il n'avait pas été possible de justifier le droit du porteur sur la provision par une délégation ou une cession de créance.

Allons-nous en conséquence considérer ce droit comme une anomalie juridique, issue de la pratique et échappant à toute justification d'ordre théorique ? Non. Le seul reproche que nous nous permettons d'adresser à ceux qui nous ont précédé dans l'étude de la propriété de la provision, c'est d'avoir cherché uniquement à résoudre le problème à l'aide d'une institution juridique préétablie. On aurait dû se rappeler que le droit du porteur est né de la pratique, ce qui suffisait à faire pressentir qu'il ne pouvait être contenu dans le cadre rigide d'une théorie classique, hors duquel il devait déborder.

Averti par cette considération et par l'échec des tentatives précédentes, c'est en dehors des théories ordinairement proposées pour expliquer le mécanisme de la lettre de change que nous allons chercher la justification du droit du porteur sur la provision,

Dans une première section, nous nous attacherons à établir que le porteur de la lettre de change est en réalité un créancier chirographaire muni d'une garantie particulière.

Nous établirons ensuite que le cas du porteur de traite, loin d'être unique dans le Droit, peut être rapproché de situations analogues.

Enfin, dans une troisième section, nous nous efforçons de montrer que le porteur de la lettre de change, comme ceux qui sont dans des situations analogues, constituent des créanciers chirographaires à gage spécialisé, cette notion de créance à gage spécialisé s'harmonisant parfaitement avec la notion de créance chirographaire bien comprise.

SECTION PREMIERE

Le porteur de la lettre de change n'est ni un véritable propriétaire ni un créancier privilégié au regard de la provision. C'est un créancier muni d'une garantie particulière.

L'intitulé de cette première section peut paraître quelque peu audacieux, puisqu'il tend à établir que quelqu'un, qualifié par la loi de *propriétaire*, ne l'est pas.

Qu'on se rassure cependant : nous ne nous attaquons point à l'institution respectable de la propriété. C'est au contraire en faveur de la propriété que nous livrons le bon combat, en dénonçant l'usage abusif qui est fait du terme de *propriété* pour qualifier une situation qui n'a précisément rien de commun avec la véritable propriété.

La jurisprudence dans de multiples décisions, la doctrine dans ses dissertations, parlent couramment de *propriété*

de la provision — terme employé aussi par le législateur — et du porteur *propriétaire de la provision*.

Nous-même, au cours de ce travail, nous avons adopté la même terminologie pour des raisons de commodité. Mais le moment est venu de dire que l'expression de *propriété*, employée pour désigner le droit spécial reconnu au porteur sur la provision, est aussi commode matériellement qu'impropre du point de vue juridique.

Plusieurs auteurs l'ont bien constaté, mais aucun n'en a donné les raisons (1). Notre but est précisément de montrer pourquoi on ne peut en la circonstance parler de propriété;

(1) Nous devons constater toutefois que Mlle Geneviève Deloye, dans sa thèse de doctorat, *Des modifications apportées par la loi du 12 août 1926 à la législation sur le chèque*, a essayé d'indiquer les raisons pour lesquelles on ne pouvait juridiquement parler de *propriété* à propos du droit reconnu au porteur de chèque sur la provision. Son raisonnement, valable pour le chèque, l'est également pour la lettre de change, sous réserve de l'assimilation du droit du porteur au privilège, assimilation que nous discuterons ultérieurement. — Page 73 : « Quel est d'abord le sens exact de cette formule : « la propriété de la provision est transmise » de droit aux porteurs successifs ? Signifie-t-elle que le bénéficiaire devient propriétaire, jusqu'à concurrence du montant du chèque, des espèces détenues par le tiré et qui constituent la provision ? Juridiquement, le droit que possède le tireur à l'encontre du tiré n'est pas un droit de propriété, puisqu'il ne porte pas sur un corps certain, sur tels ou tels billets de banque. Il s'agit ici de ce qu'on a qualifié souvent de « dépôt irrégulier » ; le banquier acquiert la propriété de l'argent qui lui est remis, à charge à lui d'en rendre l'équivalent. Il ne peut donc pas être question d'un transfert de propriété, puisque le tireur n'est pas propriétaire, mais créancier (*nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*). La jurisprudence voulait que le bénéficiaire du chèque, comme celui de la lettre de change, eût un droit préférable : « Elle n'a pas osé dire qu'elle accordait » un privilège, parce qu'on lui aurait objecté qu'il n'y a pas de privilège » sans texte ; c'est pourquoi elle a eu recours à l'idée d'une cession de » la provision, grâce à laquelle le porteur en devient propriétaire. » (Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, t. II, n° 1244.) Lorsque ces auteurs commentent la loi du 8 février 1922, qui accorde aux porteurs de la lettre de change la propriété de la provision, ils portent un jugement, qui s'applique également à la loi du 12 août 1926 sur le chèque : « Le législateur » n'aurait pas dû s'embarrasser du même scrupule ; pourquoi n'a-t-il pas » dit franchement qu'il accordait un privilège au porteur ? Cette théorie » de la provision y aurait gagné en clarté et en précision. »

c'est le premier point à établir pour arriver à déterminer la nature véritable du droit du porteur.

Le droit du porteur sur la provision n'est pas un droit de propriété pour deux raisons. La première c'est qu'il ne présente aucun des caractères du droit de propriété; la seconde c'est qu'il ne peut exister un véritable droit de propriété sur la provision, qui est une créance.

Il est unanimement admis que le propriétaire d'une chose frugifère a le droit d'en percevoir les fruits. La provision, qui est une créance, est une chose frugifère, au moins si elle n'est pas à terme. Supposons que le tireur soit créancier du tiré d'une somme d'argent — sous la forme d'un dépôt en banque par exemple — et que la traite soit tirée sur le banquier à une échéance très éloignée. Qui doit toucher les intérêts du dépôt jusqu'à l'échéance ? Le porteur, car il est *propriétaire* de la provision dès l'instant où la lettre de change lui a été endossée. Mais nous ne pensons pas que le porteur d'une traite ou d'un chèque ait jamais sollicité à l'échéance le paiement des intérêts en même temps que celui de la somme principale. Il pourrait en être autrement dans le cas de faillite du tireur, le porteur pouvant s'aviser de réclamer au syndic le paiement de la provision et celui des intérêts. Il n'existe pas à notre connaissance de jurisprudence sur ce point.

Il est incontestable, en second lieu, que le propriétaire d'une chose possède sur cette chose un droit *exclusif*; c'est même là une des caractéristiques essentielles du droit de propriété. Si donc le porteur est propriétaire de la provision, personne ne pourra plus prétendre désormais exercer un droit quelconque sur cette provision. Or, la situation est tout autre : tout en admettant en effet que le porteur est propriétaire de la provision, la jurisprudence et la doctrine

admettent que le tireur peut retirer la provision existant aux mains du tiré jusqu'à l'échéance. Il y a dans cette attitude une contradiction irréductible, que nous avons d'ailleurs signalée précédemment.

Comme conséquence du droit de retrait reconnu au tireur, le porteur se trouve privé de tout recours contre le tireur lorsqu'il supprime la provision. Voilà un prétendu propriétaire qui est bien loin de bénéficier de l'action en revendication qu'il devrait pourtant pouvoir exercer.

Enfin, contrairement encore au droit reconnu à tout propriétaire, le porteur ne peut pas *disposer* librement de la provision. Il ne peut pas, notamment, demander au tiré le paiement de la provision avant l'échéance (même si la créance qui constitue cette provision était exigible par rapport au tireur), car le tiré le lui refuserait en toute hypothèse, la provision devant lui servir à assurer le paiement de la lettre de change à l'échéance, paiement qui sera exigé par un nouveau porteur dans le cas où le porteur actuel endosserait la traite à un autre.

On voit donc que les conséquences pratiques du droit du porteur sur la provision sont très différentes de celles qui résulteraient du droit de propriété.

Mais il est un autre argument qui à lui seul serait susceptible de convaincre qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un droit de propriété : c'est que, par sa nature, le droit de propriété ne peut porter sur une créance.

Par essence, le droit réel — et la propriété est le droit réel le plus absolu — a pour objet une chose matérielle, à la différence du droit de créance, qui a pour objet un acte ou une abstention. Il en résulte qu'on ne peut concevoir « qu'un droit réel puisse avoir pour objet un autre droit pris en lui-même, et cela qu'il s'agisse d'un autre droit réel

et à *fortiori* d'un droit de créance » (2). Pour qu'un droit réel puisse exister, il est nécessaire qu'on soit en présence « d'une chose extérieure par rapport au titulaire éventuel du droit... Le droit réel ne se conçoit que comme traduisant notre emprise sur la nature animée ou inanimée qui nous est extérieure. Il n'est vraiment pas possible de soutenir qu'un droit pris en lui-même soit quelque chose existant réellement en dehors de nous et autour de nous. » (3).

Ce principe est tellement exact que M. Rigaud, dans sa remarquable étude consacrée au droit réel (4), refuse d'admettre l'existence d'un droit de propriété sur une créance. Il consent toutefois à faire une exception pour les valeurs mobilières, qui « matérialisent » le droit de créance, mais il y a peut-être une confusion à éviter entre le droit et le titre qui le constate (5).

Comme conclusion, nous pensons qu'il est bien difficile

(2) J. Bonnecase, *Supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil* de Baudry-Lacantinerie, t. V, p. 134.

(3) *Ibid.*, p. 135 et 136.

(4) Rigaud, *Le droit réel, histoire et théories, son origine institutionnelle*, thèse Toulouse, 1912.

(5) J. Bonnecase, *Suppl.*, préc., p. 137 : « ... M. Rigaud ne peut se résoudre à admettre un droit de propriété sur une créance, mais se rallie à l'existence possible d'un droit de propriété sur les valeurs mobilières. C'est que, dans cette hypothèse, le droit de créance, ou obligation, se trouve matérialisé sous la forme, par exemple, d'un titre au porteur. On a ainsi l'impression que le droit porte sur l'instrument matériel représentatif de la créance. En réalité, il y a toujours un débiteur, qui est la société ou l'établissement émetteur du titre. Dans ces conditions, celui-ci ne vaut que par la solvabilité de son débiteur, il n'a pas une valeur intrinsèque à l'instar des choses matérielles. Le titre au porteur se ramène, qu'on le veuille ou non, à une créance contre une autre personne et a trait à un acte positif qu'on exigera du débiteur en lui faisant payer le titre. En apparence, la situation se différencie de celle créée par les droits de créances ordinaires; au fond, c'est la même chose en dernière analyse. Le cessionnaire d'un droit de créance se trouve substitué au créancier primitif; il a donc droit, à son image, à une prestation positive ou négative et pas à autre chose. La prétendue propriété des créances est, d'après nous, une simple image destinée à exprimer l'opération qui vient d'être faite. »

de soutenir juridiquement que le droit du porteur sur la provision est un droit de *propriété*. Comme nous l'écrivions plus haut, ce terme de *propriété* est aussi commode qu'impropre; il faut chercher ailleurs la véritable nature du droit du porteur sur la provision.

Une voie bien séduisante s'est alors présentée à ceux qui, refusant de parler de droit de propriété, ont désiré cependant résoudre le problème; elle a conduit à assimiler ce prétendu droit de propriété à un privilège. De fait, plusieurs auteurs ont soutenu que, malgré les termes employés par la jurisprudence, la doctrine et le législateur, il s'agissait en la circonstance d'un véritable privilège (6). Ce n'est ici encore qu'un mirage décevant, car le droit du porteur sur la provision n'est pas plus un privilège qu'un droit de propriété.

Admettre qu'on se trouve en présence d'un privilège, c'est décider pratiquement qu'en cas de faillite du tireur le porteur de lettre de change aura sur la provision un droit de préférence opposable aux autres créanciers. Cette solution paraît conforme au but recherché par l'institution de la propriété de la provision; elle correspond aussi, semble-t-il, à la notion de privilège. Mais en agissant ainsi, on oublie le principe bien connu « pas de privilège sans texte ». Ce principe doit être d'autant plus respecté dans le cas présent que le législateur s'est occupé spécialement du porteur. Si, véritablement, le droit du porteur était un privilège, il n'est pas douteux que la loi du 8 février 1922 l'aurait indi-

(6) Bentéjac, *De la provision dans la lettre de change*, p. 80; Haour, *De la provision dans les effets de commerce*, p. 93 et 95; Nouguiér, *Des lettres de change et des effets de commerce*, t. I, p. 260 et 261; Fontaine, *Etudes sur la lettre de change. La loi belge du 20 mai 1872 au regard de la théorie de la cession de la provision et de l'unification internationale*, p. 25, 43 et s.

qué explicitement. Or nulle part le mot *priviège* ne figure dans la loi.

En dehors de cet argument, il en est un autre, analogue à celui signalé précédemment pour la prétendue propriété de la provision : une créance ne peut pas plus être l'objet d'un *priviège* qu'elle ne peut être l'objet d'un droit de propriété.

La question du *priviège* sur les créances a donné lieu à savantes discussions. M. Labbé a nettement posé le problème dans son étude, *Des privilèges spéciaux sur les créances* (7), où il s'exprime ainsi : « Notre législateur, en énumérant les *privilèges spéciaux* sur les meubles et sur les immeubles dans les articles 2102 et 2103 du Code civil, n'en cite aucun qui ait pour objet des créances. N'en existe-t-il pas ? Nous croyons qu'en vertu de dispositions formelles de la loi, il existe des *privilèges spéciaux* sur des créances, et nous essaierons de le démontrer.

» On ne doit pas s'étonner d'entendre parler de *privilèges* ayant pour objet des créances. Les créances, en tant qu'elles forment un des éléments du patrimoine, font partie de ce gage commun que les créanciers ont dans les biens de leur débiteur; ordinairement gage de tous les créanciers comme les autres biens, les créances sont susceptibles d'être le gage spécial de quelques-uns d'entre les créanciers... Certains créanciers ont des *privilèges généraux* s'appliquant à tous les biens du débiteur. Les créances de ce débiteur ne sont pas exceptées; donc, elles sont comprises dans l'affectation générale. Tirons de ces données une conclusion, à notre avis manifeste : les créances, par leur na-

(7) *Revue critique*, 1876, p. 571 et 665.

ture, ne répugnent pas à un droit de préférence dont elles seraient l'objet. »

Quelques années plus tard, le doyen Balleydier reprenait l'étude de la même question ⁽⁸⁾, et, tout récemment, M. Debray consacrait une thèse de doctorat aux *Privilèges sur les créances et actions directes* ⁽⁹⁾.

Malgré les discussions ingénieuses auxquelles se sont livrés ces auteurs et dans lesquelles il serait fort intéressant de les suivre, nous ne pouvons admettre leur théorie.

Elle ne repose en effet sur aucune base solide, car elle n'est qu'un reflet de la théorie de la propriété des créances; c'est parce qu'il a été reconnu impossible de soutenir qu'une créance pouvait être l'objet d'un droit de propriété, qu'on a prétendu qu'elle pouvait être l'objet d'un privilège.

Mais ici encore on se heurte à la nature du droit de créance et à l'impossibilité de constituer un droit sur un autre droit pris en lui-même ⁽¹⁰⁾.

(8) Balleydier, *Des privilèges sur les créances et de leurs effets* (Revue critique, 1886, p. 415, 523, 568).

(9) Debray, *Privilèges sur les créances et actions directes*, thèse Paris, 1928.

(10) J. Bonnecase, *Suppl. préc.*, p. 152-153 : « On avouera que les effets d'un privilège sur les créances... ne sont pas précisément très décisifs dans le sens d'une garantie tant soit peu sûre, constituée par un droit de créance en tant qu'objet d'un droit. C'est bien ce qui explique qu'une obligation n'ait jamais été considérée, jusqu'à ces temps derniers, comme susceptible de servir d'objet à un droit réel. On a beau parler de la propriété des créances, il n'en reste pas moins qu'on est toujours en face de la notion de droit de créance, telle que nous l'avons antérieurement définie. C'est pourquoi on a essayé, non pas de parler de droit réel sur une créance, mais bien d'un privilège sur une créance parce que précisément, ainsi que nous l'établirons ultérieurement, un privilège n'est jamais un droit réel, mais bien une qualité se greffant sur un droit de créance ou sur un droit réel. S'il avait été possible de faire des droits de créance l'objet d'un droit réel, la discussion que nous venons d'évoquer au sujet des privilèges sur

D'ailleurs la théorie du privilège sur les créances n'a été accueillie ni par la jurisprudence ni par les civilistes les plus récents (11).

Nous voici donc conduit à décider que le droit du porteur sur la provision n'est ni un droit de propriété, ni un privilège. C'est ainsi un résultat négatif que nous venons d'atteindre. Il importe maintenant de déterminer quelle est la véritable nature de ce droit.

Précisons tout d'abord la situation juridique du porteur :

les créances n'aurait jamais été soulevée, et ce ne sont pas les résultats auxquels ladite discussion a abouti qui pourront encourager les partisans des droits réels juridiques, autrement dit de la théorie d'un droit portant sur un droit pris en lui-même. Sans doute, on s'est surtout prévalu de la règle : « Pas de privilège sans texte », pour rejeter la théorie des privilèges sur les créances; mais si, véritablement, on avait pu constituer un droit réel sur une créance, il n'y aurait pas eu à s'embarrasser de la règle : « Pas de privilège sans texte »; rien n'empêchant, au premier abord, un droit réel de frapper une chose quelconque, et le droit de créance étant, dans la circonstance, considéré comme une chose dans l'esprit des protagonistes de la théorie. Au lieu de cela, on a eu recours, comme il sera établi, à la notion d'action directe, qui sera étudiée postérieurement. Il n'est pas sans intérêt de constater que les civilistes les plus récents, tout en enregistrant la faillite de la thèse des privilèges sur les créances, ne font même pas allusion à la possibilité d'avoir pu y suppléer par la théorie d'un droit réel portant sur un droit. »

(11) J. Bonnecase, *op. loc.*, p. 140 et s.; Planiol, Ripert et Becqué, *Traité pratique de droit civil français*, t. XII, *Sûretés réelles*, n° 201 : « Une tentative, demeurée justement célèbre, a été faite dans la doctrine pour accorder, malgré l'absence de textes décisifs, un privilège, ou tout au moins l'équivalent d'un privilège, à ceux qui, en exerçant une action contre leur débiteur, font naître, à leurs dépens, une créance à son profit... A l'appui de cette théorie, on invoquait en outre les divers textes (art. 1753; 1798, 1994 C. civ.; L. 26 pluvi. an II) qui, sous le nom de privilège ou d'action directe, créent au profit de tel créancier... un droit de préférence ou l'équivalent de ce droit sur une créance appartenant au débiteur contre un tiers... Ces textes, disait-on, ne constituent pas des exceptions, mais des cas d'application d'une règle générale sous-entendue. Cette théorie ingénieuse a échoué en jurisprudence devant cette objection décisive qu'il n'y a pas de privilège sans texte. Mais le législateur contemporain s'en est inspiré et en a fait des applications spéciales, en instituant des privilèges au profit de la victime de certains dommages sur l'indemnité d'assurance due à l'auteur responsable. »

Le porteur n'étant pas propriétaire de la provision et n'étant pas un créancier privilégié du tireur est obligatoirement un créancier ordinaire; il n'est pas possible, en effet, de le ranger dans une autre catégorie juridique pour la bonne raison qu'il n'en existe pas. D'autre part, il faut reconnaître que le porteur possède un droit immédiat sur la provision, créance du tireur sur le tiré, droit consacré par la jurisprudence, la doctrine et la loi. Le porteur est donc un créancier ordinaire du tireur muni d'une garantie légale consistant dans l'affectation d'un élément déterminé du patrimoine de son débiteur. Nous renvoyons sur ce point à nos développements antérieurs.

Mais alors ne va-t-on pas prétendre qu'il est paradoxal et antijuridique d'appeler créancier chirographaire un créancier qui possède un droit sur un élément déterminé du patrimoine de son débiteur, puisque, par définition, le créancier chirographaire est celui qui a pour gage le patrimoine entier de son débiteur, ce qui le conduit à subir les fluctuations de ce patrimoine sans qu'il lui soit possible de se garantir contre elles ? Dire qu'un créancier possède une garantie précise, c'est dire qu'il a autre chose qu'un droit de gage général et par conséquent qu'il n'est plus créancier chirographaire. Cette objection ne nous émeut point, car il reste précisément à savoir si la situation juridique du créancier chirographaire correspond bien à celle qui vient d'être indiquée; or nous répondons tout de suite que le problème est plus complexe qu'il ne le paraît au premier abord. Nous reprendrons ultérieurement la question, mais nous tenons à indiquer dès maintenant qu'un créancier chirographaire peut parfaitement posséder un droit plus ou moins étendu sur un bien déterminé du patrimoine de son débiteur.

La meilleure preuve qu'il peut en être ainsi, c'est que

la vie juridique nous en offre de multiples exemples. Un philosophe démontrait l'existence du mouvement en marchant; nous démontrerons de même l'existence de droits sur des biens déterminés d'un débiteur au profit de créanciers chirographaires en passant en revue, dans la section suivante, les principales situations juridiques où il en est ainsi.

SECTION II

Etude de diverses situations où un simple créancier chirographaire possède un droit plus ou moins étendu sur un élément du patrimoine de son débiteur.

§ 1. — DROIT DU PORTEUR DE CHÈQUE SUR LA PROVISION.

Lorsqu'on s'occupe de lettre de change, l'image du chèque ne tarde pas à se présenter à l'esprit. Le chèque est en effet apparenté par plusieurs côtés à la traite, et tout en offrant des différences notables avec elle, ce frère cadet, si l'on peut dire, a un air de famille non équivoque.

La propriété de la provision, admise en matière de lettre de change, se retrouve dans le chèque : la loi du 12 août 1926, modifiant la loi du 14 juin 1865 sur le chèque, a décidé, en effet, que « les dispositions du second alinéa de l'article 116 du Code de commerce, modifié par la loi du 8 février 1922, sont applicables aux chèques ». Or le second alinéa de l'article 116 du Code de commerce est précisément celui qui indique que la propriété de la provision est transmise de droit au porteur. Aujourd'hui donc, le porteur d'un chèque, tout comme le porteur d'une lettre de change, est propriétaire de la provision.

Il est opportun d'indiquer que la question de la propriété de la provision en matière de chèque a été soulevée

bien avant la loi du 12 août 1926. Lors de la discussion de la loi du 14 juin 1865, Emile Ollivier posa le problème, mais ses paroles demeurèrent sans écho, et la loi resta muette sur ce point (12). Peu à peu cependant, poussée par le désir d'accorder au porteur de chèque une sécurité plus grande, la jurisprudence étendit au chèque sa théorie de la propriété de la provision, construite pour la lettre de change.

La loi du 12 août 1926, comme celle du 8 février 1922, n'a fait que consacrer une jurisprudence antérieure (13).

Le porteur de chèque est donc dans une situation analogue à celle du porteur de lettre de change. La solution que nous proposerons ultérieurement pour résoudre le problème du droit du porteur de traite sur la provision résoudra du même coup le cas du porteur de chèque.

§ 2. — DROIT DU CRÉANCIER CHIROGRAPHAIRES DE L'ARMATEUR
SUR LE NAVIRE ET DU CRÉANCIER CHIROGRAPHAIRES DU COM-
MERÇANT SUR LE FONDS DE COMMERCE.

Nous rapprochons ici deux situations comparables du point de vue qui nous occupe : celle de l'armateur et du commerçant.

(12) Voici les termes dans lesquels Emile Ollivier s'exprima : « ...La question est très grave; je la soulève parce qu'il faut qu'elle soit tranchée. Il est bien entendu que les questions de fraude sont toujours réservées là comme ailleurs. Il est bien certain que si une émission de chèque a été faite pour soustraire frauduleusement à des créanciers des fonds qui sont déposés chez un banquier, le transfert sera considéré comme frauduleux et comme non venu. Mais peut-être que si l'on voulait donner aux chèques leur véritable valeur, faudrait-il aller jusqu'à cette conséquence juridique que le fait de la cession du chèque à une tierce personne opère à son profit la transmission de la propriété de la provision. » (*Moniteur*, 7 mai 1865, p. 560.)

(13) V. Belguise, *Les innovations de la loi du 12 août 1926 en matière de chèque*, thèse Paris, 1928; Maffre, *La provision en matière de chèque*, *Etude de jurisprudence et de doctrine*, thèse Toulouse, 1925, p. 219 et s.

On ne saurait contester que les créanciers chirographaires de l'armateur ont un droit spécial sur le navire, « qui se traduit par le droit de suite sur le navire et par la possibilité pour l'armateur d'abandonner le navire et le fret (art. 216, C. com.), c'est-à-dire, d'une part, par l'impossibilité d'enlever arbitrairement à ses créanciers leur gage naturel, le navire, et, d'autre part, par la faculté de se libérer de toute dette moyennant l'abandon à ces mêmes créanciers de ce gage naturel, le navire et le fret » (14).

Ce droit de suite des créanciers chirographaires a donné lieu à de multiples discussions. M. Danjon déclare « qu'il est tellement contraire aux principes fondamentaux du Droit que quelques auteurs ont essayé de le nier » et qu'en vérité « ce droit est exceptionnel et antijuridique » (15). Cependant, quoi qu'on puisse penser, ce droit existe, et la meilleure preuve qu'il n'est pas aussi exceptionnel qu'on l'a dit, c'est que le législateur lui-même a accordé aux créanciers du commerçant sur le fonds de commerce un droit qui peut être rapproché de celui qui appartient aux créanciers de l'armateur sur le navire.

Il suffit pour s'en convaincre de lire l'article 3 de la loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement des fonds de commerce (16).

(14) Laborde-Lacoste, *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français*, p. 136.

(15) Danjon, *Traité de Droit maritime*, t. V, p. 438 et 443; — Cf. Bonnesse, *Traité de Droit commercial maritime*, p. 464 et s.

(16) « Toute vente ou cession de fonds de commerce, consentie même sous condition ou sous la forme d'un autre contrat, ainsi que toute mise en société ou toute attribution de fonds de commerce par partage ou liquidation, sera, dans la quinzaine de sa date, publiée, à la diligence de l'acquéreur, sous forme d'extrait ou d'avis, dans un journal d'annonces légales du ressort du tribunal de commerce où se trouve le fonds, ou, à défaut, dans un journal d'annonces légales de l'arrondissement... La publication sera renouvelée du huitième au quinzième jour après la

A la vérité, l'idée d'affectation d'une partie du patrimoine du débiteur à la garantie de ses créanciers est réalisée d'une manière moins complète au profit des créanciers du commerçant qu'au profit des créanciers de l'armateur. Si, en effet, le délaissement est possible en matière maritime, il n'est pas admis en matière commerciale. Mais cette réserve faite, de même que les créanciers de l'armateur possèdent un droit immédiat sur le navire, de même les créanciers du commerçant sont investis d'un droit analogue sur le fonds de commerce.

Il est généralement admis aujourd'hui que le fonds de commerce constitue un bien incorporel de caractère mobilier (17). On se trouve donc ici en présence d'un créancier qui possède un droit sur un bien incorporel; c'est une similitude avec le porteur de lettre de change, dont le droit porte aussi sur un bien incorporel : la provision (18).

première insertion. Dans les dix jours au plus tard, après la seconde insertion, tout créancier du précédent propriétaire, que sa créance soit ou non exigible, pourra former au domicile élu, par simple acte extrajudiciaire, opposition au paiement du prix; l'opposition, à peine de nullité, énoncera le chiffre et les causes de la créance et contiendra une élection de domicile dans le ressort du tribunal de la situation du fonds... Aucun transport amiable ou judiciaire du prix, ou de portion du prix, ne sera opposable aux créanciers qui se seront ainsi fait connaître dans ce délai... L'acquéreur qui, sans avoir fait, dans les formules prescrites, les publications, ou avant l'expiration du délai de dix jours, aura payé son vendeur ne sera pas libéré à l'égard des tiers. »

(17) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n° 241; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. III, n° 109; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 695; — Cf. Simon, *Le fonds de commerce*, thèse Paris, 1898; Delalande, *L'usufruit d'un fonds de commerce*, thèse Bordeaux, 1922.

(18) Une autre situation touchant au droit commercial, et que nous tenons à signaler parce qu'elle se rapproche des situations que nous venons d'examiner, est celle de l'acheteur dans la vente par navire désigné. On sait que la vente par navire désigné est « une vente maritime portant sur des marchandises déterminées seulement quant à leur quantité et à leur qualité, mais que le vendeur s'engage à embarquer sur un navire donné et généralement dans un délai donné » (Bonnecase, *Traité de Droit commercial maritime*, n° 736). La question délicate que présente cette

§ 3. — DROIT CONFÉRÉ PAR LE DESSAISSEMENT A LA MASSE
DES CRÉANCIERS SUR LES BIENS DU FAILLI ET DROIT DU CRÉAN-
CIER SAISSANT SUR L'IMMEUBLE SAISI.

A partir du jugement déclaratif de faillite, le failli se trouve frappé par le dessaisissement. Il ne peut, désormais, ni disposer de ses biens ni les administrer. Cette situation a paru difficilement explicable. On ne peut soutenir, en effet, que le failli dessaisi doit être assimilé à un propriétaire exproprié, car le failli reste toujours propriétaire de ses biens, aucun déplacement de propriété ne s'opérant du

vente consiste dans la détermination du droit de l'acheteur. On a soutenu que, dans la vente par navire désigné, l'individualisation des marchandises vendues était réalisée par la désignation du navire et, par suite, que l'acheteur devenait dès ce moment propriétaire. Cette solution est aujourd'hui très généralement repoussée. Mais il faut reconnaître cependant que « la désignation confère certainement à l'acheteur un droit sur la marchandise, puisque c'est sur la livraison de cette dernière que l'acheteur est exclusivement en droit de compter ». Quelle est la nature de ce droit ? M. Gaubert pense que les marchandises ont « seulement reçu une affectation à un contrat dont la réalisation est douteuse », car « il est d'autant plus incertain qu'elles deviennent jamais la propriété de l'acheteur que la condition dont cet événement dépend est leur conservation au cours d'un transport plein d'aléas » (Gaubert, *Les ventes maritimes*, p. 59). Mais ce droit conféré à l'acheteur sur la marchandise, si incertain soit-il, constitue cependant un *droit acquis*, auquel le vendeur ne peut porter atteinte. Il en résulte que, tout en étant en présence d'une vente conditionnelle, on constate cependant qu'il y a un contact direct entre la marchandise et l'acheteur. Cette situation a été mise en lumière par M. le Professeur Bonnecase dans les termes suivants : « Comme on le sait, le créancier chirographaire de l'armateur a un droit de suite sur le navire; en d'autres termes, il y a en quelque sorte un contact direct et immédiat entre le créancier et le navire, sans que l'on se trouve en présence d'un droit réel. C'est exactement la même situation que nous présente la vente par navire désigné, une fois la désignation du navire faite. L'acheteur est toujours créancier des marchandises, mais son droit s'est fixé d'une manière irrévocable sur elles. Plus exactement, on peut dire qu'il est propriétaire sous condition d'un lot de marchandises, déterminé en quelque sorte du fait du contenant. » (Bonnecase, *La vente caf et la vente par navire désigné révèlent-elles dans leur fonctionnement une nature spécifique essentiellement différente ?* [*Le port de Dunkerque*, revue économique du Nord-Est de la France, n° du 5 mars 1924].)

failli à la masse. On ne saurait prétendre davantage que le dessaisissement équivaut à une interdiction, car le syndic seul a le droit de faire prononcer la nullité des actes accomplis par le failli, à dater du jugement déclaratif de faillite.

Le dessaisissement ne constitue pas non plus une sorte d'application de l'action paulienne, une présomption légale de fraude existant vis-à-vis des actes accomplis par le failli, car la nullité de ces actes à l'égard de la masse résulte simplement de ce que le failli est légalement privé de l'administration de ses biens.

Enfin, il ne semble pas qu'on puisse avancer que le dessaisissement entraîne au profit de la masse la naissance d'un droit réel, car « les créanciers formant la masse sont et demeurent de simples créanciers chirographaires jusqu'au jour, du moins, où le syndic inscrit au profit de celle-ci l'hypothèque que lui confie l'article 490 du Code de commerce. Le dessaisissement opère indépendamment de tout droit réel conféré à la masse des créanciers⁽¹⁹⁾... Il y a là

(19) Non seulement, en effet, le dessaisissement est indépendant de l'hypothèque de la masse, mais il produit des effets beaucoup plus larges. L'hypothèque de la masse ne frappe que les immeubles du failli et ne s'oppose pas, par elle-même, à l'aliénation des immeubles hypothéqués, tandis que le dessaisissement prive le failli du droit d'accomplir tout acte de disposition ou d'administration sur l'ensemble de ses biens.

Cette indépendance des effets du dessaisissement et de l'hypothèque de la masse a conduit MM. Thaller et Percerou, dans leur *Traité de Droit commercial* (6^e éd., 1922, nos 1702 et s.), à soutenir que le dessaisissement conférerait par lui-même à la masse un véritable droit réel sur les biens du failli. Malgré leur ingéniosité, les arguments présentés par ces savants auteurs n'entraînent pas notre conviction. Nous tenons toutefois à faire remarquer que l'idée de créance chirographaire à gage spécialisé, à laquelle nous ferons appel pour expliquer les effets du dessaisissement, paraît avoir été pressentie par MM. Thaller et Percerou lorsqu'ils écrivent que « la faillite emporte mainmise judiciaire sur l'universalité des biens, transformation du gage imparfait en gage parfait ». Le « gage imparfait » n'est-il pas le gage général, avec son étendue et sa relative fragilité, et le

une situation particulière, à laquelle sont étrangers les principes généraux du Droit. Aucune disposition du Code de commerce ne fait allusion à un droit réel qui existerait au profit de la masse des créanciers dans le jugement déclaratif. »

Le dessaisissement opère « comme une saisie générale s'appliquant à tous les biens du failli, mais avec des effets plus énergiques que ne le font des saisies spéciales appliquées à des biens déterminés » (20).

Le dessaisissement a pour effet de mettre la masse des créanciers à l'abri des conséquences des actes que le failli pourrait accomplir, car le gage de la masse ne peut plus, désormais, diminuer par le fait du débiteur, ni par l'arrivée de créanciers postérieurs (21).

On constate donc que le dessaisissement confère aux créanciers de la masse un droit spécial sur les biens du failli, droit qui peut être rapproché de celui qui est reconnu au porteur de la lettre de change sur la provision.

A côté du dessaisissement, qui produit les mêmes effets pratiques qu'une saisie exercée par les créanciers sur cha-

« gage parfait » n'est-il pas le gage fixé sur un élément précis du patrimoine ?

(20) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VII, p. 212.

(21) Lacour, *Précis de Droit commercial*, Paris, 1912, p. 962 et 963 : « Le jugement déclaratif place sous la main de justice tout ce qui appartient au débiteur. Le droit de gage général des créanciers (art. 2093 C. civ.), jusqu'alors flottant et indéterminé, se fixe et s'immobilise, pour ainsi dire, de façon que les biens du débiteur ne puissent plus, par son fait, échapper à l'action des créanciers. On obtient le même résultat que si les créanciers avaient exercé, sur chacun de ces biens isolément, les voies d'exécution du droit commun; réserve faite pourtant de deux différences, par lesquelles se manifeste la supériorité du régime de la faillite : la première, c'est que, dès le jour où elle est ouverte, les biens frappés du dessaisissement deviennent inaliénables; la seconde, que cette indisponibilité profite exclusivement aux créanciers dont les droits sont antérieurs au jugement déclaratif, les créanciers postérieurs n'étant pas admis à venir se joindre à la procédure. »

cun des biens du failli, nous mentionnerons l'hypothèse où un créancier effectue une saisie sur un immeuble de son débiteur et la fait transcrire.

La question se pose de savoir, dans le cas où le saisi aliène l'immeuble, si l'aliénation sera opposable, dans tous les cas, au créancier saisissant, ou seulement si elle a été transcrite antérieurement à la saisie.

La doctrine a soutenu plusieurs systèmes (22), et la jurisprudence cherche à résoudre le problème par une distinction : les créanciers hypothécaires pourraient opposer le défaut de transcription, mais cette faveur serait refusée aux créanciers chirographaires (23).

A la vérité, la solution proposée par la jurisprudence paraît bien difficilement soutenable, et la doctrine lui adresse des critiques sévères (24).

L'hypothèque, en effet, ne fait pas par elle-même obstacle à l'aliénation de l'immeuble saisi, puisque le créancier hypothécaire, une fois son inscription prise, ne peut pas, en dehors de toute saisie, critiquer l'aliénation faite par son débiteur, encore que cette aliénation doive le placer dans des conditions moins avantageuses pour l'exercice de son droit hypothécaire. S'il peut critiquer l'aliénation faite par son débiteur après la transcription de la saisie, il y a là un effet de la saisie et non un effet de l'hypothèque; par suite, le créancier chirographaire doit être traité de la même manière que le créancier hypothécaire.

(22) Certains décident que les créanciers saisissants ne sont que des tiers au sens de l'article 1328 du Code civil et, par conséquent, qu'ils ne peuvent se prévaloir du défaut de transcription de l'aliénation; d'autres considèrent les créanciers saisissants comme des tiers au sens de la loi du 23 mars 1885 et adoptent la solution contraire; d'autres enfin se rallient à l'opinion de la jurisprudence.

(23) Req., 25 juill. 1877, S., 77. 1. 441; Civ., 31 août 1881, D., 82. 1. 17; Bourges, 12 déc. 1887, D., 88. 2. 298; Req., 18 déc. 1888, D., 89. 1. 185.

(24) Cuche, *Précis des voies d'exécution*, p. 240-241.

On est donc amené à conclure que la saisie immobilière confère, en toute hypothèse, un droit spécial au créancier saisissant. Certains hésitent à déterminer la nature de ce droit ⁽²⁵⁾, alors que d'autres affirment catégoriquement qu'il s'agit d'un droit réel ⁽²⁶⁾.

Pour nous, ce droit n'est pas un droit réel, mais un droit comparable à celui qui appartient à la masse des créanciers sur les biens du failli, par l'effet du dessaisissement et comparable aussi à celui qui est reconnu au porteur de la lettre de change sur la provision.

(25) V. notamment Paris, 9 févr. 1877, S., 77. 2. 56 : « ...Considérant qu'il est... démontré que, dans l'esprit de la loi du 23 mars 1855, tout créancier est un tiers... Considérant que la saisie affecte directement l'immeuble qui en est frappé; qu'elle réalise au profit du saisissant *un droit propre et spécial*; que, voulant définir ce droit, les auteurs le qualifient tantôt de sûreté réelle, tantôt de gage tacite ou de gage judiciaire; qu'il y a lieu de reconnaître en lui une sorte d'antichrèse... »

(26) V. Labbé, dans note sous Cass., 25 juill. 1877, S., 77. 1. 441 : « ...La saisie confère au saisissant un droit réel... On objecte que ce droit réel, le législateur ne l'a pas dénommé, défini, classé. Qu'importe s'il l'a fait vivre et fonctionner sous nos yeux ? Or l'effet de la saisie est de rendre indisponible l'objet saisi. Le débiteur ne cesse pas d'être propriétaire, mais il ne peut plus aliéner au préjudice du saisissant. On croit pouvoir expliquer cette conséquence de la saisie sans reconnaître un droit réel, en disant : le débiteur est incapable d'aliéner, mais sa propriété est intacte. Une incapacité qui a sa source non dans l'état de la personne, mais dans l'état particulier d'un bien, une incapacité relative à un bien, est en réalité une modification, un démembrement de la propriété... ». — Cf. Trib. civ. Seine, 3 déc. 1928, D. H., 7 mars 1929, p. 139 : « ...Attendu que lorsque le créancier a fait saisir l'immeuble hypothéqué à son profit, c'est à bon droit qu'il peut se prévaloir de l'antériorité de la transcription de cette saisie par rapport à la transcription de l'acte d'aliénation; — Attendu, en effet, qu'en procédant à la saisie, le créancier n'a fait qu'user de son droit hypothécaire, que ce droit lui permet de faire état à son profit des dispositions de l'article 3 de la loi de 1855, article qui, sans distinguer, s'applique aussi bien à la naissance du droit qu'à son exercice; — Attendu, par ailleurs, que, contesterait-on cette conséquence du droit hypothécaire, il n'en resterait pas moins que par la saisie, ce même créancier a acquis des droits qui affectent directement l'immeuble de son débiteur; — Attendu que les effets connus et indiscutables de la saisie immobilière sont tels que la propriété du bien saisi s'en trouve atteinte entre les mains du débiteur et qu'il est impossible de concevoir que ces effets puissent se produire sans qu'il existe au profit du créancier un droit propre, qui ne peut être qu'un droit réel. »

§ 4. — DROIT DE RÉTENTION.

Il n'est point dans notre intention d'entreprendre ici une étude complète du droit de rétention, qui comporterait des développements disproportionnés avec le cadre que nous nous sommes tracé.

Toutefois il est nécessaire de résumer aussi brièvement que possible les problèmes qu'il a soulevés pour en tirer ensuite des conclusions utiles à notre travail ⁽²⁷⁾.

Le législateur s'est borné à consacrer l'existence du droit de rétention, sans définir sa nature juridique. Aussi les efforts de la doctrine pour construire une théorie du droit de rétention ont abouti à des conceptions diverses. Si, en effet, les auteurs sont d'accord pour reconnaître que « le droit de rétention est un droit en vertu duquel une personne qui possède ou qui détient une chose appartenant à autrui est autorisée à en conserver ou à en retenir la possession ou la détention jusqu'au paiement de ce qui lui est dû, à l'occasion de cette chose, par son propriétaire » ⁽²⁸⁾, les divergences commencent lorsqu'il s'agit de déterminer la nature de ce droit et son champ d'application.

Quatre systèmes ont tour à tour été soutenus pour déterminer le domaine d'application du droit de rétention :

Le premier, « restrictif et rigoureusement exégétique », considère que le droit de rétention n'existe que dans la mesure où il est institué par un texte formel ; le second admet que le droit de rétention peut s'exercer en dehors des tex-

(27) Nous avons utilisé pour résumer cette importante question l'étude que M. le Professeur Bonnecase consacre au droit de rétention dans le tome V du *Supplément au Traité de Droit civil de Baudry-Lacantinerie*, p. 571 et s.

(28) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, t. XXV, p. 205, n° 220.

tes, sous la double condition que la créance du rétenteur soit connexe à la chose et que la détention se rattache soit à une convention, soit à un quasi-contrat, la dette, connexe à la chose détenue, ayant pris naissance à l'occasion de cette convention ou de ce quasi-contrat. Le troisième système abandonne au pouvoir discrétionnaire du juge le soin d'accorder ou de refuser le droit de rétention en l'absence d'un lien contractuel existant entre les parties. Enfin, un quatrième système admet le droit de rétention à la seule condition qu'il y ait connexité entre la créance et la possession de la chose, et cela qu'il y ait ou non entre les parties un lien dérivant d'un contrat ou d'un quasi-contrat ⁽²⁹⁾.

En ce qui concerne la nature du droit de rétention, trois conceptions ont été successivement proposées. La première voit dans ce droit un droit personnel s'opposant aussi bien au privilège qu'au droit réel. La seconde considère le droit de rétention comme un droit personnel, à physionomie particulière, car il est opposable aux tiers. Enfin une troisième conception assimile le droit de rétention au droit réel.

On constate facilement, par ce rapide aperçu, la complexité des problèmes à résoudre.

Aussi bien c'est vers la pratique qu'il faut se tourner pour parvenir à dégager la nature du droit de rétention, de l'application même qui en est faite. Qu'on l'approuve ou qu'on le déplore, le droit de rétention ne fonctionne plus à l'heure actuelle dans les seuls cas, devenus classiques, où un texte formel en autorise la mise en œuvre. La jurisprudence élargit chaque jour son domaine ⁽³⁰⁾.

(29) Sur ces divers systèmes, V. J. Bonnecase, *Supplément*, préc., p. 609 à 629.

(30) Nous ne rappelons pas les hypothèses connues où le législateur a

Il en résulte que les divers systèmes exposés précédemment se trouvent enserrer le droit de rétention dans des limites trop étroites et que la meilleure formule susceptible de délimiter objectivement son domaine d'application paraît être la suivante : « Le droit de rétention existe chaque fois que le créancier a la maîtrise d'une chose appartenant à son débiteur, sous réserve d'un texte contraire et aussi de l'hypothèse où le créancier se serait emparé de la chose par des procédés illicites. » (31).

prévu lui-même l'exercice du droit de rétention, mais nous tenons à signaler quelques-unes des nombreuses extensions apportées par la jurisprudence au domaine d'application de ce droit.

Les tribunaux ont reconnu le droit de rétention :

Au mandataire ou gérant d'affaires qui a fait des dépenses sur les choses par lui détenues à raison de son mandat (Civ., 23 janv. 1904, D., 1904. 1. 601) ou qui est créancier du salaire à lui promis (Civ., 17 janv. 1866, S., 66. 1. 92);

Aux architectes sur les mémoires réglés par leurs soins (Req., 19 juill. 1904, D., 1906. 1. 9);

Au chef d'orchestre sur une partition qui lui a été remise pour procéder à des répétitions (Amiens, 13 juin 1901, D., 1901. 2. 412);

A l'officier ministériel sur les pièces et actes qu'il a dressés pour le compte de son client (Civ., 10 août 1870, D., 71. 1. 40);

Au façonnier qui a reçu des matières premières (Douai, 25 nov. 1921, *Gaz. Pal.*, 28 déc. 1921);

A l'ouvrier qui a réparé ou transformé un objet (Req., 13 mai 1861, D., 61. 1. 328);

Au prêteur sur gage qui, ayant prêté de l'argent à une femme mariée non autorisée, a vu le contrat annulé (Req., 26 avril 1900, S., 1901. 1. 193, et la note de M. Ferron);

Au possesseur de bonne foi d'un immeuble revendiqué par le *verus dominus* jusqu'à remboursement des impenses auxquelles il a droit en vertu de l'article 553 (Besançon, 17 mars 1897, D., 98. 2. 211).

(31) J. Bonnecase, *Suppl.*, préc., p. 644. Nous tenons à citer ci-après les termes dans lesquels le savant professeur propose sa formule : « En présence du conflit des opinions doctrinales et jurisprudentielles dont nous venons de faire état, il est absolument indispensable de s'arrêter à une solution ferme sur le problème du domaine d'application et des effets du droit de rétention. Il est tout aussi nécessaire de formuler cette solution dès l'abord dans une proposition parfaitement nette, qu'il y aura lieu de la justifier dans la suite, tant en la considérant en elle-même, dans ses termes, qu'en indiquant le processus à l'aide duquel on est parvenu à la dite proposition. Pour nous, la formule traduisant le domaine d'appli-

Cette formule, qui nous semble déterminer d'une manière aussi exacte que possible le champ où évolue le droit de rétention, permet de s'attaquer à la nature juridique de ce droit. C'est ce que M. le Professeur Bonnecase a entrepris avec méthode.

Tout d'abord, le droit de rétention ne doit pas être confondu avec l'exception *non adimpleti contractus*, du moment que « certains textes admettent le droit de rétention en dehors de rapports contractuels ».

Il doit aussi être distingué de la compensation avec laquelle on a tenté de l'assimiler, car « la compensation ne peut porter que sur des choses fongibles, alors que le droit de rétention peut parfaitement s'exercer sur un corps certain. D'autre part, la compensation opère *ipso jure*, le droit de rétention ne s'exerce qu'au moyen d'une exception expresse, alors que la chose livrée, nonobstant le droit de rétention qui aurait pu être invoqué à son égard, ne peut revenir aux mains du détenteur ».

cation et les effets du droit de rétention est beaucoup plus large que celles qui ont été présentées jusqu'ici par la doctrine. Nous devons dire toutefois qu'elle n'est, comme on le verra, que le développement logique des formules à étendue progressive mises en avant les unes après les autres par des auteurs tels que Guillaouard, Ferron, Cassin, A. Colin et Capitant. Cette formule est la suivante : L'existence du droit de rétention est indépendante aussi bien de l'exception *non adimpleti contractus* et de tous liens contractuels ou quasi contractuels entre les parties que de la notion du *debitum cum re junctum*; le droit de rétention intervient chaque fois qu'un créancier se trouve pourvu de la maîtrise matérielle sur une chose appartenant à son débiteur, sous réserve d'un texte contraire, comme aussi, de l'hypothèse où cette chose serait venue dans les mains du créancier par des voies illicites, notamment par la violence. Nous nous contentons de poser ici cette formule sans la discuter directement, car cette tâche ne peut, encore une fois, être remplie qu'après avoir fait connaître la méthode suivie par nous pour l'élaboration de la formule et avoir soumis à un examen critique décisif les systèmes doctrinaux ou jurisprudentiels présentés avant le nôtre. » — Cet examen est effectué d'une manière minutieuse et systématique dans les pages qui suivent.

Le droit de rétention est également distinct du droit qu'ont les créanciers de faire des actes conservatoires sur le patrimoine de leur débiteur, comme les y autorisent, par exemple, les articles 1180 du Code civil et 125 du Code de procédure civile, car « l'idée qui préside à l'exercice des actes conservatoires, c'est l'existence d'un danger menaçant les biens du débiteur et qu'il s'agit d'écarter pour maintenir l'intégralité du gage des créanciers et assurer leur paiement. Or, cette idée de danger imminent couru par le patrimoine du débiteur, nous ne la retrouvons pas à la base du droit de rétention ».

Enfin, le droit de rétention ne peut être considéré comme un droit réel (32).

La conclusion à laquelle on est amené, c'est que le droit de rétention est « une institution spéciale et autonome », qui a pour résultat de donner au créancier qui peut l'exercer un droit immédiat sur un bien déterminé de son débiteur. Retenons donc de cet aperçu schématique du droit de rétention que les hypothèses où il s'applique s'apparentent directement avec celles qui ont été examinées précédemment.

(32) J. Bonnecase, *op. cit.*, p. 758 : « La question est évidente pour les droits réels principaux qui ont pour expression le pouvoir du titulaire d'user directement de la chose ou, si l'on préfère, de l'utiliser matériellement dans son individualité organique. Cela n'est pas moins exact des droits réels du second degré, puisque ceux-ci, par delà l'individualité organique de la chose, visent à l'appropriation totale ou partielle de sa valeur économique et ont les moyens d'y parvenir en recourant à la vente. Rien de tout cela dans le droit de rétention dont le titulaire demeure expectant en face de la chose... Il est enfin assez difficile de prétendre, étant donnée la technique du droit réel, que le droit de rétention peut correspondre à cette notion, alors qu'il ne comporte ni droit de préférence, ni droit de suite. »

§ 5. — DROIT DE LA FEMME DOTALE SUR LES PARAPHERNAUX
REPRÉSENTANT DES VALEURS DOTALES.

On sait comment s'est élaborée la théorie de la dot incluse, mise en avant par la Cour de cassation dans deux arrêts demeurés célèbres : l'arrêt *Arluc*, du 31 janvier 1842 ⁽³³⁾, et l'arrêt *Cramaussel*, du 1^{er} décembre 1857 ⁽³⁴⁾. Nous ne retenons dans cette théorie que le caractère particulier du droit reconnu à la femme sur les biens paraphernaux représentant des valeurs dotales. Ce n'est que longtemps après les deux décisions de la Cour de cassation qu'on tenta d'établir la nature juridique de ce droit.

On proposa l'idée de privilège ⁽³⁵⁾, mais il ne paraît pas possible de l'admettre, car aucun texte ne parle d'un semblable privilège.

Il n'en demeure pas moins que « le droit de la femme dotale aboutit à un droit de préférence, puisqu'elle est en mesure d'exiger un prélèvement sur le prix de l'immeuble paraphernal, qui avait été jadis acquis avec des deniers dotaux non soumis à emploi » ⁽³⁶⁾.

En conséquence, nous sommes ici encore obligé de reconnaître que nous nous trouvons en présence d'un créancier ordinaire, auquel est reconnu un droit spécial sur un bien déterminé du patrimoine de son débiteur.

§ 6. — DROIT DU PRENEUR SUR LA CHOSE LOUÉE
DANS LE CAS DE VENTE DE L'IMMEUBLE.

L'article 1743 du Code civil décide que « si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fer-

(33) S., 1842. 1. 110.

(34) S., 1858. 1. 237.

(35) Regnault, *Etude critique de la jurisprudence relative à la représentation de valeurs dotales par des paraphernaux*, thèse Paris, 1894.

(36) J. Bonnecase, *Suppl.*, préc., p. 759.

mier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail ». Ce texte a plongé les commentateurs dans l'embarras. On a soutenu, pendant un certain temps, que le preneur possédait un véritable droit réel sur l'immeuble affecté à sa jouissance ⁽³⁷⁾, mais il n'a pas paru possible à la doctrine et à la jurisprudence de persévérer dans cette voie.

On admet donc, aujourd'hui, que le droit du preneur est un droit de créance, seulement les auteurs ne peuvent arriver à expliquer d'une manière satisfaisante comment le droit de créance du preneur se trouve spécialement délimité sur l'immeuble ⁽³⁸⁾.

§ 7. — DROIT DU COHÉRITIÉR SUR LE PRIX D'ADJUDICATION
D'UN IMMEUBLE HÉRÉDITAIRE QUI LUI EST ATTRIBUÉ.

Précisons l'hypothèse dont il s'agit. Des cohéritiers mettent en adjudication un immeuble indivis; cet immeuble est acquis par un tiers et, à sa place, la créance du prix d'adjudication entre dans la masse successorale. Le prix d'adjudication est ultérieurement attribué à un des copartageants. Quel sera l'effet de cette attribution dans le cas où

(37) V. notamment Troplong, *Commentaire des titres de l'échange et du louage*, 3^e éd., t. I, n° 60, et t. II, n°s 473 et s.

(38) Baudry-Lacantinerie et Wahl (*Traité théorique et pratique de Droit civil. Du contrat de louage*, t. I, n°s 684 et s.) voient dans le droit du preneur une exception au droit commun et pensent que l'article 1743 n'a fait que consacrer une clause devenue de style dans les contrats de bail. MM. Planiol et Ripert (*Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, n°s 1740 et s.) voient dans l'article 1743 une « obligation légale ou tacite imposée à l'acquéreur ». MM. Colin et Capitant (*Cours élémentaire de Droit civil français*, t. II, p. 319 et 320) paraissent regretter que le droit du preneur ne soit pas un droit réel, mais aucun de ces auteurs ne tente une justification vraiment juridique de ce droit.

une hypothèque est née sur l'immeuble vendu, du chef de l'un des coïndivisaires ? Est-ce que le cohéritier attributaire, qui, par hypothèse, a reçu l'immeuble pour être payé d'un rapport en moins prenant, dont lui était redevable le cohéritier du chef de qui est née l'hypothèque, pourra se prévaloir de son droit et primer le créancier hypothécaire ?

La question a donné lieu à des discussions célèbres, tant en doctrine qu'en jurisprudence ⁽³⁹⁾. Sans entrer dans les détails, il nous suffit de signaler que, par un arrêt des Chambres réunies du 5 décembre 1907 ⁽⁴⁰⁾, la Cour de cassation, consacrant implicitement la théorie des prélèvements sous le couvert de l'institution du rapport à succession, reconnaît au cohéritier attributaire du prix d'adjudication un droit de préférence direct sur les biens indivis, à l'encontre des créanciers des autres cohéritiers.

Comment justifier ce droit de préférence ?

On a essayé de mettre en avant l'effet déclaratif du partage, ce qui ne semble pas pouvoir être admis, étant donné qu'un tiers intervient dans l'affaire.

On fit appel au droit de propriété, en soutenant que l'héritier avait un droit de propriété sur l'objet de son prélèvement, mais cette opinion ne paraît pas davantage admissible, car, « à l'origine du droit de l'héritier copartageant, créancier d'un rapport des dettes..., nous sommes obligé de reconnaître que les droits de l'héritier... portent sur une quote-part du patrimoine du défunt. Il ne pourrait donc être question que d'un droit réel général ou à titre uni-

(39) V. sur cette question J. Bonnecase, *Suppl.*, préc., p. 511 à 549. — V. aussi Baratgin, *Des effets de l'attribution à l'un des cohéritiers du prix d'adjudication d'un immeuble héréditaire à l'égard des créanciers ayant hypothèque sur cet immeuble du chef d'un autre héritier*, thèse Paris, 1909.

(40) S., 1908. 1. 5.

versel. Or... la notion des droits réels généraux n'est pas consacrée par notre droit positif » ⁽⁴¹⁾.

Enfin, on prétendit qu'en parlant de prélèvement sur la masse le législateur avait formellement créé un privilège, dont l'héritier créancier du rapport peut se prévaloir. Mais la notion de privilège ne saurait être admise, car cette notion est de droit étroit et n'intervient dans notre Droit que sur le fondement d'un texte de loi.

En définitive, nous sommes amené à conclure que le droit du cohéritier sur le prix d'adjudication d'un immeuble indivis est un droit de créance aboutissant à un droit de préférence, parce qu'il repose sur un bien déterminé qui le garantit.

§ 8. — DROIT DE PRÉFÉRENCE APPARTENANT AU DONATAIRE D'UNE SOMME D'ARGENT PAYABLE AU DÉCÈS DU DONATEUR VIS-A-VIS DES DONATAIRES POSTÉRIEURS.

Quand plusieurs donations de sommes d'argent payables au décès du donateur ont été faites et que le montant de la succession est insuffisant pour les payer toutes, les divers donataires, au lieu de venir en concours, viennent successivement sur la base de l'ancienneté de leur titre, le plus ancien primant les autres.

Cette règle, quelque peu surprenante au premier abord, a été posée par la Cour de cassation dans un arrêt célèbre, l'arrêt *Toulzac*, du 7 mars 1860 ⁽⁴²⁾. Cet arrêt soulevait plu-

(41) J. Bonnecase, *op. cit.*, p. 743.

(42) Nous relevons dans cet arrêt (S., 1860. 1. 203) l'attendu suivant particulièrement intéressant : « Attendu, en droit, que si, entre les créanciers d'un même débiteur, le droit de préférence sur le prix des immeubles de celui-ci s'établit par les privilèges et hypothèques inscrits, la préférence entre les donataires de sommes payables après le décès du donateur résulte de la priorité de la date des donations entre

sieurs difficultés, dont la moindre n'était certainement pas la question de la nature du droit du donataire sur les biens du donateur pendant la vie de celui-ci. L'arrêtiste qui annota l'arrêt de la Cour de Limoges du 18 juin 1839 ⁽⁴³⁾, dont la thèse fut admise par la Cour suprême, se demande en effet si le droit du donataire « est une simple créance, ou bien si on doit y voir une sorte de droit de préférence, qui autorise le donataire à prélever sur l'actif de la succession du donateur l'émolument de sa donation avant l'acquittement de toutes libéralités, même avec affectation hypothécaire, consenties postérieurement par celui-ci ». L'arrêtiste n'admet pas ce droit de préférence au profit du donataire premier en date, et il en donne d'excellentes raisons. La donation de somme d'argent payable au décès s'analyse, en effet, en une libéralité consistant dans un droit de créance contre la succession. Si d'autres donations sont faites ensuite, la première n'en sera nullement altérée, car le droit de créance subsistera intégralement. La situation est exac-

vifs; qu'en effet, d'après l'article 923 du Code Napoléon, la réduction des donations qui excèdent la quotité disponible s'opère en remontant des dernières aux plus anciennes; que cette règle doit être la même pour le cas où, comme dans l'espèce, le donateur n'ayant plus d'héritiers à réserve a fait des donations de sommes payables après son décès qui excèdent les forces de ses biens; que l'hypothèque consentie par le donateur sur les immeubles pour assurer le paiement de la somme donnée, exigible seulement après son décès, ne peut créer un droit de préférence au préjudice des donations antérieures de sommes payables aussi après le décès du donateur; que s'il en était autrement, il dépendrait du donateur de rendre illusoires les donations qu'il aurait précédemment faites sans affectation hypothécaire, et de révoquer ainsi à son gré des donations que la loi déclare irrévocables; que, d'ailleurs, l'hypothèque n'est qu'un accessoire du contrat, et si le donateur a épuisé la valeur de ses biens par des donations entre vifs antérieures à celle qu'il a faite avec affectation d'hypothèque, cette donation ne devant produire aucun effet, puisque le donateur ne pouvait disposer de ce qui ne lui appartenait plus, l'hypothèque cessait d'avoir une existence utile. »

(43) S., 1839. 2. 465.

tement la même que pour les créances ordinaires qui viennent en concours. « Sans doute, il y a le principe de l'irrévocabilité des donations entre vifs, mais ce principe vise un point de vue juridique et non pas un point de vue de fait. Il signifie qu'un droit, une fois donné, ne peut pas être enlevé; en consentant d'autres donations portant sur des droits de même nature, le donateur n'enlève pas le droit qui faisait l'objet de la première. Nous reconnaissons qu'il trompe la confiance du donataire, mais est-ce que l'emprunteur qui se charge successivement de dettes ne trompe pas, lui aussi, la confiance des premiers prêteurs ? Ceux-ci sont pourtant bien plus dignes d'intérêt que ne le sont des donataires. » (44).

Ce raisonnement est évidemment d'une logique impeccable, et nous en retenons que le droit de préférence reconnu au donataire, dont le titre est plus ancien, ne résulte pas du principe de l'irrévocabilité des donations, dont on a usé d'une manière trop facile (45).

Mais si les raisons sont fort bonnes pour combattre la

(44) J. Bonnecase, *Suppl.*, préc., p. 698.

(45) V. notamment Colin et Capitant, *Cours de Droit civil français*, 4^e éd., t. III, p. 786 : « ... Lorsque le donateur a ainsi fait don successivement à divers donataires de plusieurs créances payables au jour de son décès, ces donations sont toutes valables, et, par conséquent, chaque donataire acquiert un droit immédiat contre le donateur. Mais la règle de l'irrévocabilité produit ici ce résultat curieux qu'elle fait échec au principe du concours entre les créanciers. Si la succession ne suffit pas à désintéresser tous les donataires, ils seront payés, non pas, au marc le franc, mais par ordre de date de leur donation, en commençant par la plus ancienne. » — Cpr. Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, 10^e éd., t. III, p. 684 : « ... Si le donateur ne laisse pas des biens suffisants pour exécuter toutes ces donations, le premier donataire sera préféré au second, le second au troisième, et ainsi de suite. En d'autres termes, on se trouve en présence de créances d'un genre spécial, qui ont par leur seule nature un rang de préférence entre elles... Cette solution permet seule de respecter le principe de l'irrévocabilité. »

position prise par la Cour de cassation dans cette hypothèse, il n'en demeure pas moins que le donataire premier en rang prime les autres et que jurisprudence et doctrine admettent très généralement aujourd'hui cette solution.

Faut-il en conclure qu'ici encore on se trouve en présence d'une anomalie juridique ? Non, car ce n'est là qu'un exemple de plus d'un créancier chirographaire possédant un droit sur une partie déterminée du patrimoine de son débiteur, droit auquel des créanciers postérieurs ne peuvent porter atteinte, tout comme en matière de lettre de change.

§ 9. — DROIT RÉSULTANT DE LA COMPENSATION AU PROFIT DU CRÉANCIER VIS-A-VIS DE QUI ELLE S'OPÈRE ET DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES AU PROFIT DES CRÉANCIERS SÉPARATISTES.

Deux institutions légales bien connues : la compensation et la séparation des patrimoines, aboutissent à donner à un ou à plusieurs créanciers un droit spécial sur un élément du patrimoine de leur débiteur.

Examinons d'abord la situation du créancier vis-à-vis duquel joue le mécanisme de la compensation.

Voici un créancier dont la créance est exigible qui devient débiteur de son propre débiteur d'une dette également exigible. Aux termes de l'article 1290 du Code civil, la compensation s'opère de plein droit et les deux dettes se trouvent éteintes. Examinons maintenant le résultat de l'opération au regard du créancier.

Ce résultat est double : d'une part, en effet, le créancier se trouve dispensé de payer sa dette et, d'autre part, il se trouve avoir reçu le paiement de sa créance.

C'est ce dernier point qui mérite d'être signalé. Supposons en effet que le débiteur soit au-dessous de ses affaires : si la compensation n'existait pas, le créancier serait obligé d'acquitter intégralement sa propre dette et ne recevrait par contre qu'une quote-part de sa créance, car il devrait concourir avec les autres créanciers sur l'actif du débiteur.

Au contraire, grâce à la compensation, le créancier reçoit le paiement intégral de sa créance; il se trouve ainsi favorisé parce que son droit de gage général se trouve concentré sur un élément du patrimoine de son débiteur, soit la créance que ce débiteur avait précisément contre lui.

Cette conséquence de la compensation, qui se traduit par un droit de préférence accordé à un simple créancier chirographaire, est admise sans contestation dans le cas de déconfiture, aucun texte ne restreignant son application (46).

Dans le cas de faillite, elle est aussi généralement admise pendant la période suspecte, sous réserve des difficultés qui peuvent résulter de l'interprétation de l'article 446 du Code de commerce (47).

(46) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, t. XIII, n° 1037 : « ...Lorsque la déchéance [du terme] résulte de la déconfiture, la compensation peut s'opérer, car la déconfiture, à la différence de la faillite, ne fait pas obstacle à ce que l'un des créanciers soit payé par préférence aux autres »; — T. XIV, n° 1837 : « ... La déconfiture, comme la faillite, produit la déchéance du terme; mais, au cas de déconfiture, l'exigibilité qui résulte de cette déchéance rend la compensation possible. Cela provient de ce que la déconfiture, à la différence de la faillite, n'a pas été organisée par le législateur. Nonobstant la déconfiture, le débiteur peut se libérer par la voie du paiement. Il n'y a donc pas de raison pour que ses dettes ne soient pas compensables. »

Ces auteurs ont estimé que la compensation ne pouvait pas s'opérer dans le cas de faillite. Cette opinion absolue est aujourd'hui abandonnée, comme on peut le constater ci-après.

(47) Thaller et Percerou, *Traité de Droit commercial, Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. I, n° 627 : « Quant à la compensation légale, impossible... après le jugement déclaratif de fail-

En ce qui concerne la séparation des patrimoines, on sait que, par l'effet de la transmission héréditaire, le patrimoine du défunt se confond avec le patrimoine de l'héritier; or cette confusion peut être fort préjudiciable aux créanciers du défunt, qui viendront désormais en concours avec les créanciers personnels de l'héritier.

La séparation des patrimoines, sollicitée par les créanciers du défunt, leur permet de conserver intacts leurs droits primitifs sur le patrimoine de leur débiteur décédé.

Si on considère la séparation des patrimoines comme un privilège, nous sommes évidemment en dehors de notre champ d'action, uniquement réservé au créancier chirographaire. Mais il n'est pas démontré que la séparation des patrimoines constitue un véritable privilège; des auteurs considérables n'y voient qu'un simple droit de préférence, en invoquant les travaux préparatoires du Code civil et ce fait que la séparation des patrimoines ne figure pas dans l'énumération des articles 2102 et 2103 (48).

lite, il est de doctrine et de jurisprudence constantes que rien, au contraire, ne l'empêche de jouer pendant la période suspecte, et que l'article 446 C. com. ne la concerne point. Cela résulte des travaux préparatoires de la loi de 1838; et d'ailleurs, dit-on, cette compensation, s'opérant de plein droit, dès que les conditions prévues par la loi se trouvent réunies, ne suppose ni de la part du futur failli, ni de la part de sa contre-partie, aucun acte volontaire que l'on puisse annuler comme suspect. Cette opinion est exacte, mais à la condition de ne pas en exagérer les conséquences comme on l'a fait parfois. Elles sont limitées par le motif même de la règle. S'il réside dans le caractère purement mécanique de la compensation légale, exclusif de toute idée de fraude, il en résulte que l'article 446 C. com. doit au contraire reprendre son empire dès que, pour préparer et rendre possible cette compensation, quelque contrat volontaire est intervenu en temps suspect entre le failli et le tiers qui prétend compenser avec lui. » — V. aussi même ouvrage, t. II, n^{os} 865 bis et suivants.

(48) Planiol, Ripert et Becqué, *Traité de Droit civil français*, t. XII, n^o 679 : « ... Beaucoup d'auteurs dévient à la séparation des patrimoines le caractère de privilège. Ils font valoir d'abord que le Code civil n'a certainement rien voulu changer aux solutions antérieurement reçues; nos

Donc, si on admet que la séparation des patrimoines est un simple bénéfice entraînant droit de préférence, on est conduit par là même à admettre que les créanciers chirographaires du défunt, qui peuvent l'invoquer, ont, affectée à leur profit, une quote-part déterminée du patrimoine de l'héritier, soit la succession qui vient d'échoir à cet héritier.

Nous arrêtons là l'étude des situations où un simple

anciens auteurs étaient d'accord pour admettre le droit de préférence, mais sans droit de suite... On ajoute qu'il y a dans le Code lui-même un texte, l'article 880, aux termes duquel la séparation peut être demandée relativement aux immeubles « tant qu'ils existent dans la main de l'héritier »; c'est, dit-on, la condamnation formelle du droit de suite. L'opinion adverse soutient qu'après avoir reproduit au titre *Des successions*, le système ancien, les rédacteurs du Code l'ont ensuite abandonné à l'article 2111 pour faire de la séparation des patrimoines un véritable privilège; par ce texte, la loi oblige les créanciers et légataires qui demandent la séparation à prendre une inscription dans les mêmes formes que s'ils étaient créanciers hypothécaires, et l'article porte que, par ce moyen, ils conservent leur « privilège ». Cet argument n'a qu'une force apparente. D'abord, la publicité peut parfaitement être ordonnée pour un droit de préférence, sans que ce droit constitue une véritable hypothèque; la loi du 23 mars 1855 a bien soumis à la transcription de simples baux et de simples quittances... D'autre part, il n'est pas étonnant que les auteurs de la loi aient qualifié la séparation des patrimoines de « privilège », étant donné le sens vague que ce mot avait pris peu à peu dans notre ancienne langue, où il avait fini par désigner toutes les sûretés réelles autres que les hypothèques. En tout cas, la séparation des patrimoines ne figure pas dans l'énumération des privilèges aux articles 2102 et 2103... Il ne paraît donc pas douteux qu'à s'en tenir à la tradition et aux textes du Code, la séparation des patrimoines ne devrait être qu'un simple droit de préférence. »

V. aussi Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, 4^e éd., t. II, p. 863 : « ... La doctrine soutient en général que la séparation des patrimoines se réduit à un simple droit de préférence; elle ne permet donc pas aux créanciers séparatistes de poursuivre les immeubles aliénés par l'héritier. Elle invoque, en ce sens, à la fois une tradition historique non douteuse et les textes du Code civil... En résumé, à consulter la tradition et les textes du Code, on peut affirmer que la séparation des patrimoines n'a jamais été, et ne devrait être aujourd'hui qu'un droit de préférence et rien de plus. »

J. Bonnecase, *Suppl.*, préc., p. 740 à 744. — Cf. Audibert, *Essai sur la nature juridique de la séparation des patrimoines*. thèse Montpellier. 1927.

créancier chirographaire possède, d'une manière incontestable, un droit plus ou moins étendu sur une partie du patrimoine de son débiteur.

Va-t-on en conclure que les nombreuses hypothèses successivement énumérées ne sont que des exceptions négligeables et que, *par principe*, le créancier chirographaire est dans l'impossibilité de voir un élément déterminé du patrimoine de son débiteur affecté à la garantie de son droit de créance ?

Nous ne croyons pas qu'il soit possible de tenir ce raisonnement. Des « exceptions » de l'importance des précédentes suscitent un scepticisme bien naturel sur la valeur du principe et déterminent à en entreprendre un examen attentif.

SECTION III

Comment un créancier chirographaire peut posséder un droit sur un élément du patrimoine de son débiteur : la notion de créance chirographaire à gage spécialisé.

La difficulté qui empêche d'admettre — en théorie — qu'un créancier chirographaire puisse avoir un droit sur un élément déterminé du patrimoine de son débiteur réside dans la conception que le créancier chirographaire est l'ayant cause universel de son débiteur.

Cette conception a été pendant longtemps considérée comme un principe incontestable, et elle compte encore à l'heure actuelle de chaleureux partisans⁽⁴⁹⁾. Cependant

(49) M. le Doyen Josserand, dans son *Cours de Droit civil positif français*, t. I, se rallie nettement à la conception du créancier chirographaire ayant cause universel. Il est facile de le constater dans les passages suivants. Page 71 : « ... Les droits *absolus* sont ceux qui peuvent être opposés à tout le monde, sans distinction, et dont le rayonnement est donc, à cet égard, illimité ou presque. Les droits *relatifs* sont ceux qui n'existent que dans les rapports de certaines personnes entre elles et dont le public n'a point

quelques jurisconsultes, constatant que la réalité était loin d'apporter sa confirmation à ce prétendu axiome, se sont attachés à un examen attentif de la situation juridique du créancier chirographaire et ont montré que le créancier chirographaire, loin d'être un ayant cause universel, ressemblait plutôt à un ayant cause à titre particulier⁽⁵⁰⁾.

à se préoccuper... Pratiquement, la classification que nous venons de présenter se confond avec celle des droits *réels* et des droits *personnels*, appelés aussi *droits de créance*... Nous arrivons donc à cette définition simple : les droits réels sont des droits patrimoniaux absolus, c'est-à-dire opposables à quiconque; les droits personnels ou de créance sont des droits patrimoniaux relatifs, c'est-à-dire qui n'existent que dans les rapports de certaines personnes entre elles et que le public peut ignorer... On exprime pratiquement ces idées et on leur donne une signification plus précise en disant que le titulaire d'un droit réel a le droit de *suite* et le droit de *préférence*, tandis que ces attributs ne sont nullement attachés aux droits de créance... Le droit de suite et le droit de préférence sont ainsi les affirmations pratiques, les manifestations extérieures du caractère absolu qui distingue les droits réels par opposition aux simples droits de créance, prérogatives d'ordre interne et à faible rayon d'action. » Page 668 : « ... L'antithèse avec les droits personnels est flagrante, puisque les créances sont des droits *relatifs* existant entre personnes déterminées et puisque, d'autre part, elles ne mettent pas le créancier en relation directe avec la chose à laquelle il peut prétendre... Le créancier est privé de tout droit de suite : il ne peut agir que contre son débiteur et, après lui, contre ses héritiers.... Les simples créanciers sont éliminés, en principe, de tout droit de préférence; si les biens du débiteur sont saisis et vendus, ils s'en partagent le produit au prorata du montant de leurs créances respectives; ils sont payés au *marc le franc* sans qu'il y ait lieu de prendre en considération la date de la naissance de leurs droits; les plus récents sont traités ainsi que les plus anciens. »

(50) Nous ne pouvons reprendre ici toute la démonstration présentée par M. Laborde-Lacoste dans sa thèse de doctorat, *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français* et par M. le Professeur Bonnecase dans un savant article sur la condition juridique du créancier chirographaire (J. Bonnecase, *La condition juridique du créancier chirographaire. Sa qualité d'ayant cause à titre particulier* [Revue trimestrielle de Droit civil, année 1920, p. 103 et s.]). Nous tenons cependant à en résumer les points essentiels :

Si le créancier chirographaire est un ayant cause universel, sa situation peut être précisée dans les quatre formules suivantes :

1^o Le droit du créancier est relatif au patrimoine du débiteur dont il subit les fluctuations et non à ses éléments concrets.

2^o Le créancier, de la date de sa créance à son exigibilité, n'a aucun pouvoir d'immixtion dans la gestion du patrimoine du débiteur.

3^o Au moment de l'exigibilité de sa créance, le créancier n'a pas le droit

Sur quoi repose dès lors cette longue croyance que le droit du créancier subit nécessairement les fluctuations du patrimoine du débiteur, que le créancier n'a aucun pouvoir d'immixtion dans la gestion de ce patrimoine et que les créanciers sont soumis à la loi du concours, en un mot, que le créancier chirographaire est l'ayant cause universel de son débiteur ?

de revenir sur le passé de son débiteur et de s'attaquer aux actes que celui-ci a accomplis même à son détriment.

4^o La date de la naissance des créances importe peu; lors de leur exigibilité, les créanciers concourent entre eux; les titres les plus récents sont opposables aux titres plus anciens.

La première formule se trouve en contradiction directe avec les nombreux cas où le créancier a un droit sur un élément individualisé du patrimoine du débiteur (créancier du commerçant, de l'armateur, etc.)

La seconde et la troisième sont manifestement inexactes : L'institution de la faillite avec le dessaisissement, la période suspecte et les articles 830 et suivants du Code de commerce, de même que les articles 1166 et 1167 du Code civil donnant au créancier un pouvoir d'intervention dans la gestion, présente ou passée, du patrimoine de son débiteur.

Enfin, la quatrième formule ne correspond pas davantage à la réalité, la jurisprudence l'ayant écartée dans le cas de donations de sommes d'argent payables au décès du donateur et certaines dispositions légales écartant le concours entre les créanciers (inaliénabilité dotale opposable seulement aux créanciers postérieurs au mariage, provisions alimentaires saisissables seulement pour cause d'aliment, compensation, rapport de dettes).

L'étude des faits démontre que ces quatre formules « admettent tellement d'exceptions que les exceptions absorbent la règle », ce qui amène MM. Bonnecase et Laborde-Lacoste à conclure que le créancier chirographaire n'est pas un ayant cause universel, mais bien un ayant cause à titre particulier, cette notion présentant trois éléments :

1^o Un droit immédiatement exigible, à terme ou conditionnel sur un bien déterminé fongible ou non fongible compris dans le patrimoine de l'auteur;

2^o La prérogative pour l'ayant cause à titre particulier d'astreindre son auteur, par des moyens variés et dans une mesure variable, à respecter le droit dont il est investi du chef de cet auteur;

3^o L'exemption pour l'ayant cause à titre particulier de toute contribution au paiement du passif de son auteur. » (Laborde-Lacoste, *op. cit.*, p. 112.)

Il faut convenir que la condition juridique du créancier chirographaire était destinée à soulever bien des controverses : Non seulement on a soutenu qu'il n'était pas un ayant cause, ou qu'il était un ayant cause soit universel, soit à titre particulier, mais on vient de prétendre qu'il était à la fois ayant cause à titre universel et à titre particulier... (Hugonet, *Contribution à l'étude du crédit chirographaire en matière civile*, thèse Alger, 1926, p. 94.)

Ne serait-ce pas sur une *confusion* entre le droit du créancier et la garantie de ce droit ? (31).

Le droit du créancier est toujours le même, c'est le droit d'exiger du débiteur soit un objet individualisé, soit une valeur déterminée.

La garantie de ce droit est tout autre chose, et on conçoit qu'elle puisse varier d'étendue ou d'intensité sans que la nature du droit du créancier se trouve modifiée. Certes, *du point de vue économique*, la garantie du droit influe directement sur sa valeur, car un droit de créance contre un insolvable ne vaut presque rien, mais, *du point de vue juridique*, le droit de créance est entièrement indépendant de sa garantie.

Les partisans de la théorie du créancier chirographaire ayant cause universel sont partis de la garantie accordée au droit de créance pour déterminer la nature de ce droit. Leur théorie repose sur l'article 2093 du Code civil, qui indique que « les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ». Or cet article ne s'occupe que de la question de garantie du droit de créance, et non de sa nature. Partir de la garantie donnée au créancier pour définir le droit de créance, n'est-ce pas postuler d'une manière téméraire que « l'accessoire caractérise le principal » ? (32).

Cette distinction entre le droit de créance et sa garantie nous paraît essentielle, car leur indépendance mutuelle permet seule de comprendre que la garantie puisse varier sans que la nature du droit s'en trouve altérée.

(31) J. Bonnecase, *Supplément au Traité de Droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. III, p. 763.

(32) J. Bonnecase, *Ibid.*, p. 764.

Examinons maintenant l'étendue et la qualité de cette garantie du droit de créance :

L'article 2093 du Code civil précise qu'elle porte sur l'ensemble du patrimoine du débiteur. *A priori*, il semble que, pour cette raison, cette garantie soit des meilleures. A la réflexion cependant, on s'aperçoit vite qu'elle est loin de présenter une stabilité complète. Le patrimoine est, en effet, une universalité composée d'éléments divers et susceptible d'être affectée de grandes variations de valeur. Sous réserve du pouvoir d'intervention, d'ailleurs limité et souvent inefficace, que le créancier possède dans la gestion patrimoniale du débiteur, en vertu des articles 1166 et 1167 du Code civil, le débiteur demeure libre de dilapider ses biens et de s'appauvrir en contractant de nouvelles dettes. La conséquence, c'est que le gage du premier créancier va diminuer, soit en valeur absolue, soit en devenant aussi le gage des créanciers ultérieurs. Lorsque le moment de payer sera venu, si l'actif du patrimoine est insuffisant pour remplir les créanciers de leurs droits, chacun subira une réduction proportionnelle de sa créance. C'est la loi du concours, appliquée en cas d'insuffisance du gage.

M. Cazelles, dans une analyse juridique pleine de finesse, montre comment s'établit dans cette hypothèse la valeur économique du droit de créance :

« L'obligation étant une aliénation partielle du patrimoine, le total des obligations émises par un débiteur peut égaler le montant de ce patrimoine; il ne saurait, en aucun cas, le dépasser, car on ne peut aliéner que ce dont on est propriétaire, on ne peut disposer que de ce que l'on possède; la somme des parties ne peut excéder le tout. Une fortune de 100 comporte pour 100 d'obligations. Si son titulaire en émet encore, il y aura lieu de faire, pour la différence

de cet excédent de passif, une réduction proportionnelle. La réduction au marc le franc n'est pas seulement un procédé équitable de paiement, c'est, dès l'instant du déficit, la loi économique de fixation de la valeur de l'obligation. La valeur de l'obligation est fixée par la proportion de l'actif au passif, sans qu'en aucune manière cette valeur puisse excéder le montant nominal qui en a été déterminé au moment du contrat. En un mot, c'est un dividende limité entre 0, maximum de perte, et la valeur nominale, maximum de gain pour le créancier, fixé d'accord entre les parties. Au lieu de considérer le montant nominal de l'obligation comme sa valeur réelle, absolue en droit et son montant effectif comme sa valeur accidentelle, relative en fait, nous renversons la proposition et, nous plaçant au point de vue économique, nous n'envisageons que la réalité des faits. » (33).

On voit donc que le droit de gage général du créancier sur le patrimoine de son débiteur ne lui accorde qu'une garantie relative contre le risque d'insolvabilité.

Cette situation de fait devait révéler dans la vie pratique de sérieux inconvénients pour certains créanciers, plus dignes d'intérêt que d'autres et qui cependant se trouvaient désarmés en face de l'insolvabilité de leur débiteur.

C'est pourquoi la jurisprudence, la doctrine et même le législateur ont cherché à améliorer leur situation: ce résultat a été obtenu en concentrant le droit de gage de ces créanciers, soit sur une quote-part du patrimoine du débiteur, soit sur un élément déterminé de ce patrimoine.

On pensera peut-être qu'une telle attitude se heurte aux termes des articles 2092, 2093 et 2094 du Code civil, d'où

(33) Cazelles, *De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, thèse Paris, 1903, p. 364.

il résulte que le droit de gage des créanciers porte sur l'ensemble des biens du débiteur et qu'il n'existe entre les créanciers que deux causes légitimes de préférence : les privilèges et hypothèques.

Mais l'objection est plus apparente que réelle. Si on examine non la lettre, mais l'esprit de l'article 2092, on constate qu'il a été dicté par le souci d'accroître le crédit du débiteur et la sécurité du créancier. Bigot-Préameneu, à la séance du Conseil d'Etat du 12 pluviôse an XII, commentant l'article 2092 du projet de Code civil, s'exprimait ainsi : « La conséquence de ce principe est que le crédit de celui qui contracte un engagement se compose, non seulement de ses immeubles, non seulement de tous ses biens actuels, mais encore de ceux que sa bonne conduite, que son industrie, que l'ordre naturel des successions, peuvent lui faire espérer. Les Romains, nos maîtres en législation, n'ont jamais fait la moindre dérogation à un principe aussi fécond dans ses heureux effets. Si, d'une part, ils ont voulu faire reposer la foi des engagements sur tout ce que le débiteur possède et pourra posséder, ils auraient également cru porter atteinte au droit de propriété du débiteur s'ils l'avaient privé de l'avantage d'offrir, dans toute son étendue, la garantie qui est en son pouvoir. » (34).

Comme le dit fort justement M. Laborde-Lacoste, les rédacteurs du Code civil « ont tout simplement consacré une règle traditionnelle pour asseoir le crédit général d'une personne » (35). Faut-il, dans ces conditions, blâmer ceux qui, ayant reconnu l'inefficacité possible du droit de gage général, ont cherché à le renforcer en affectant à certains

(34) Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XV, p. 224.

(35) Laborde-Lacoste, *op. cit.*, p. 84.

créanciers qui sont apparus comme particulièrement intéressants un élément déterminé du patrimoine de leur débiteur ? Si cette attitude n'est pas en concordance parfaite avec la lettre de l'article 2092, elle concorde cependant avec son esprit, et c'est là l'essentiel.

Comment concilier maintenant les articles 2093 et 2094 avec la notion de créance chirographaire à gage spécialisé ? Admettre que certains créanciers ont un élément déterminé du patrimoine de leur débiteur affecté à leur profit, c'est admettre qu'ils échappent à la loi du concours alors qu'il n'existe pas en leur faveur de « causes légitimes de préférence », ces causes étant, aux termes de l'article 2094, les privilèges et hypothèques.

Tout le problème consiste à déterminer si l'énumération de l'article 2094 est ou non limitative.

A notre avis, il ne saurait y avoir de doute.

Remarquons tout d'abord grammaticalement que si l'énumération avait un caractère limitatif, nous en trouverions l'expression dans l'article 2094, qui indiquerait, par exemple, que *les seules causes* légitimes de préférence sont les privilèges et hypothèques. Or le texte ne contient pas cette précision.

Ensuite — et surtout — il serait bien difficile de prétendre, aujourd'hui, qu'il n'existe pas entre les créanciers d'autres causes de préférence que les privilèges et hypothèques.

Comme l'écrit M. le Professeur Bonnet, « sans doute, c'est un principe admis qu'il n'y a pas de privilège sans texte, et l'article 2094 du Code civil porte que les causes légitimes de préférence sont les privilèges et les hypothèques. Mais ces causes de préférence ne sont pas les seules; il faut y ajouter le nantissement, qui comprend le gage et

l'antichrèse; le droit de préférence accordé par l'article 809 du Code civil aux créanciers de la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire à l'égard des légataires du défunt, le droit qui appartient aux créanciers en vertu des articles 1166 et 1167 du même Code, la compensation, le droit de rétention, les différentes actions directes. Le droit de préférence, dans ces divers cas, n'est pas contestable; de même, en matière de rapport de dettes, le droit de prélèvement des cohéritiers ayant droit au rapport se traduit à leur profit par un droit de préférence absolument légal. »⁽⁵⁶⁾.

Ces explications sont, croyons-nous, de nature à apaiser les scrupules de ceux qui hésiteraient à admettre la notion de créance chirographaire à gage spécialisé, sous le prétexte qu'elle se heurterait à l'article 2094 du Code civil. Si les principales causes de préférence demeurent les privilèges et hypothèques, ce ne sont pas les seules.

Il nous paraît possible désormais d'établir une hiérarchie parmi les créanciers chirographaires.

Les uns ont pour gage le patrimoine entier de leur débiteur, sans aucune affectation particulière de tel ou tel élément concret de ce patrimoine.

D'autres ont pour gage une quote-part variable du patrimoine de leur débiteur.

D'autres, enfin, ont pour gage un bien individualisé de ce patrimoine.

Comment désigner ces trois catégories de créanciers ? En leur appliquant les formules heureusement proposées par M. Bonnecase :

Les premiers sont des *créanciers chirographaires à gage général ou indéterminé*.

(56) J. Bonnecase, *Supplément au Traité de Droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. V, p. 723. Cf. E. Pilon, *Revue trimestrielle de Droit civil*, année 1908, p. 685.

Les seconds sont des *créanciers chirographaires à gage déterminé*.

Les troisièmes sont des *créanciers chirographaires à gage individualisé* ⁽³⁷⁾.

Cette distinction éclaire complètement nos développements antérieurs. Ce *droit spécial* reconnu à un créancier chirographaire sur telle ou telle partie du patrimoine de son débiteur, dont nous avons reconnu l'existence dans de multiples hypothèses, c'est tout simplement le droit de gage qui appartient à tout créancier chirographaire, concentré sur une quote-part ou un élément individualisé du patrimoine du débiteur, dans un but de protection du créancier.

Les créanciers chirographaires à gage général ou indéterminé sont ceux qui subissent toujours la loi du concours et dont la situation est la moins avantageuse.

Preennent place parmi les créanciers chirographaires à gage déterminé, ceux « auxquels est affectée, d'une manière particulière, une quote-part du patrimoine du débiteur ou même, à la rigueur, d'un tiers, quote-part qui leur sera dévolue par voie de prélèvement et par préférence aux autres créanciers ou à des cohéritiers » ⁽³⁸⁾. Tels sont les créanciers du commerçant après le jugement déclaratif de faillite, les cohéritiers ayant le droit d'exercer un rapport des dettes, les donataires successifs de sommes d'argent payables au décès du donateur, les créanciers qui peuvent se prévaloir de la séparation des patrimoines.

Enfin, entrent dans la catégorie des créanciers chirographaires à gage individualisé ceux auxquels est affecté un bien individualisé du patrimoine du débiteur ou d'un tiers ⁽³⁹⁾. Tels sont les créanciers chirographaires du com-

(37) J. Bonnecase, *Suppl.*, préc., p. 700 et s.

(38) *Ibid.*, p. 702.

(39) J. Bonnecase, *Suppl.*, préc., p. 746.

merçant et de l'armateur, dotés d'un droit de suite sur le fonds de commerce et sur le navire, l'acheteur dans la vente par navire désigné, le preneur à bail d'un immeuble, les divers créanciers qui peuvent se prévaloir du droit de rétention, le créancier saisissant un immeuble, la femme dotale réclamant une dot incluse dans un bien paraphernal, le créancier au profit duquel joue la compensation.

Ces précisions vont nous permettre de nous prononcer maintenant sur le cas du porteur de la lettre de change et par là même sur le cas du porteur du chèque.

Le porteur de la lettre de change nous paraît prendre place parmi les créanciers chirographaires à gage individualisé. Le droit de gage général, flottant et indéterminé, qui appartient à tout créancier chirographaire, se précise au profit du porteur, dès que prend naissance la provision. Désormais, ce n'est plus seulement l'ensemble du patrimoine du tireur qui garantit l'obligation du tireur d'assurer le paiement de la traite, mais c'est en outre un élément individualisé de ce patrimoine — la provision — qui est affecté à la garantie de l'exécution de l'obligation.

Ainsi, il n'y a point lieu de recourir aux théories proposées sur la nature de la lettre de change pour justifier le droit du porteur sur la provision.

Il nous semble que c'est en dehors de la lettre de change que doit être cherchée la justification de ce droit; elle découle directement, croyons-nous, d'une théorie bien plus large que celle des effets de commerce et qui domine l'ensemble du droit : la théorie de la créance chirographaire.

Pour terminer, nous tenons à faire remarquer que si, du point de vue juridique, il existe une démarcation nette entre le créancier hypothécaire, le créancier privilégié et

le créancier chirographaire, au contraire du point de vue économique se manifestent des transitions nuancées par lesquelles se révèle la souplesse du système des sûretés.

Du créancier muni d'une hypothèque légale au créancier chirographaire à gage général, s'échelonnent plusieurs situations intermédiaires : créancier hypothécaire ordinaire, créancier muni d'un privilège général, d'un privilège spécial, créancier chirographaire à gage individualisé et créancier chirographaire à gage déterminé.

Spécialement, on constate que le créancier chirographaire à gage individualisé a une situation égale, quant à la valeur économique de son droit, à celle du créancier nanti d'un privilège spécial.

Cette constatation est d'une grande importance, car on comprend le parti que peut en tirer la pratique lorsqu'elle désire protéger un créancier qui lui paraît digne d'intérêt : il suffit que le gage général de ce créancier devienne un gage individualisé pour qu'il possède les mêmes avantages qu'un créancier privilégié.

Les développements antérieurs ont montré comment la pratique a usé de ce moyen et comment parfois le législateur lui-même a adopté la même méthode.

Le cas du porteur de lettre de change est un exemple de cette transformation du droit de gage du créancier, transformation réalisée d'abord en fait, puis consacrée par le législateur.

Ces transitions doivent-elles nous étonner ? Non certes, car elles sont la marque de la vie. Les institutions juridiques, faites pour des êtres vivants, doivent avoir la souplesse de la vie organique, qui nous offre des exemples remarquables de nuances et de variétés. Le droit resterait cristallisé dans des conceptions abstraites et artificielles le

jour où il perdrait tout contact avec les réalités de l'existence.

Si le droit du porteur de la traite sur la provision est justifiable juridiquement, il ne s'ensuit pas qu'il soit désormais indispensable de le consacrer pour que la lettre de change puisse remplir sa fonction économique.

Tandis, en effet, que le législateur français a cru devoir, par une loi, affecter la provision au porteur, il est à remarquer que les législations étrangères ont adopté des systèmes parfois très différents du nôtre.

Afin de porter un jugement averti sur le problème de la « propriété de la provision », il est indispensable d'examiner successivement les diverses solutions légales auxquelles il a donné lieu.

Ce sera l'objet de la quatrième partie de notre travail.

QUATRIÈME PARTIE

LES DIVERSES SOLUTIONS LÉGALES DU PROBLÈME DE L'ATTRIBUTION DE LA PROVISION

La provision était destinée à soulever toutes les difficultés. Il ne suffit point, en effet, de résoudre les questions relatives à sa nature, à ses conditions d'existence, à la nature des droits auxquels elle peut donner naissance pour avoir parcouru le cycle des discussions. Il faut encore se demander si tous les efforts accomplis pour donner à la théorie de la provision une place honorable et déterminée dans les diverses institutions juridiques ne sont pas vains.

C'est véritablement, en effet, sous le signe de la contradiction que la provision prit naissance... Tandis que certains la jugent nécessaire, sinon indispensable, au fonctionnement de la lettre de change, d'autres la considèrent comme inutile et affectent de l'ignorer.

Le problème de l'attribution de la provision étant évidemment lié au problème de son existence, il importe maintenant d'examiner l'attitude prise par les législations des différents pays sur ce point.

Un premier chapitre sera consacré à l'examen du système français de la loi du 8 février 1922, un second à celui des différents systèmes étrangers.

CHAPITRE PREMIER

LE SYSTEME FRANÇAIS DE LA LOI DU 8 FEVRIER 1922

Comme nous l'avons indiqué à plusieurs reprises, c'est la loi du 8 février 1922 qui a consacré l'attribution de la provision au porteur de la lettre de change.

Le législateur de 1922 n'a pas eu d'ailleurs uniquement en vue l'attribution de la provision; il a cherché à mettre le mécanisme de la lettre de change mieux en harmonie avec son rôle actuel et peut-être aussi à rapprocher, dans une certaine mesure, la législation cambiaire française de celle des pays étrangers, dans le but de favoriser une unification internationale du droit du change, ardemment désirée, mais difficilement réalisable.

La portée générale de la loi étant précisée, nous n'en retiendrons que ce qui concerne directement la provision, soit l'article 4, ainsi conçu : « L'article 116 du Code de commerce est complété ainsi qu'il suit : « la propriété de la » provision est transmise de droit aux porteurs successifs » de la lettre de change. »

Le législateur a-t-il entendu innover en édictant cette disposition ? Il est facile d'établir que non; son but a consisté dans la consécration du système jurisprudentiel. Il suffit pour s'en convaincre de lire le passage suivant de l'exposé des motifs de la proposition de loi présentée par

M. Louis Dubois, à la Chambre des députés, le 12 mars 1914 (1) :

« ... Nous proposons d'ajouter à l'article 116 un alinéa 2 ainsi conçu : « La propriété de la provision est transmise » de droit aux porteurs successifs de la lettre de change. » *Ce n'est que la consécration d'une jurisprudence absolument constante* et d'ailleurs justifiée aussi bien par le texte même de l'article 149 du Code de commerce que par les nécessités de la pratique. La conséquence pratique la plus importante de cette disposition est que, au cas de faillite du tireur, le porteur de la lettre de change est directement créancier du tiré, à l'exclusion du syndic de la faillite du tireur, et n'est pas exposé, par conséquent, à voir remettre les fonds à ce syndic et à se voir réduit à toucher un dividende sur la faillite du tireur. *Il est indispensable, tant au point de vue même de la méthode législative que de la sécurité des affaires, de formuler législativement une théorie juridique dont l'importance est capitale, et que, d'ailleurs, la pratique judiciaire a déjà admise.* »

Ce point de vue de l'honorable député est exactement celui du rapporteur de la Commission sénatoriale du commerce. On relève, en effet, dans le discours de M. le sénateur Serre les termes suivants : « ... Notre jurisprudence, par étape et dans un but d'utilité pratique, a depuis longtemps brisé avec les exigences du Code de commerce et admis que la propriété de la provision passait au bénéficiaire de la lettre d'abord, aux endosseurs successifs ensuite, automatiquement, sans stipulation expresse ni formalité aucune, et aussi souvent que le titre lui-même changerait de porteur. *Ici encore la loi proposée a pour but de corriger*

(1) *J. off.*, doc. parl. (Chambre), 1914, p. 1423.

l'ancienne, de consacrer d'une façon formelle un usage constant, de supprimer pour l'avenir toute variation possible dans l'opinion des magistrats, et nous pensons qu'il est indispensable de la voter dans l'intérêt même de la circulation de la lettre de change. » (2).

Ainsi donc il n'est pas douteux que la loi du 8 février 1922 n'a pas eu pour but d'innover en ce qui concerne la provision, mais seulement de sanctionner la pratique existante. Or, le reproche que mérite précisément le législateur, c'est d'avoir enregistré la solution jurisprudentielle sans en apercevoir toute la portée; c'est pourquoi son œuvre demeure incomplète et discutable.

Nous allons indiquer dans les paragraphes suivants les principales critiques qui doivent être adressées à la loi de 1922.

I

La première observation à faire porte sur la terminologie employée par le législateur. Est-il exact de dire que « la propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la traite » ?

Non évidemment, puisque nous avons établi plus haut qu'il ne s'agissait, en réalité, ni d'une propriété ni d'un privilège, mais de la spécialisation du gage du porteur, créancier du tireur. Une formule analogue à celle-ci : « La provision est affectée de droit aux porteurs successifs de la traite », aurait été conforme à la vérité juridique, tandis que la formule législative ne l'est pas.

De plus, en employant les termes de *propriété de la provision*, le législateur paraît consacrer la théorie de la cession de créance qui, nous l'avons vu, est impuissante à justifier le droit du porteur. C'est là un danger d'erreur

(2) *J. Off.*, doc. parl. (Sénat), 1921, p. 1044.

et de confusion pour ceux qui ne sont point fixés sur la nature véritable du droit du porteur.

II

On sait que c'est le sentiment de protection du porteur de la lettre de change qui est à la base de la loi du 8 février 1922. Or, contrairement à toute logique, cette protection, telle qu'elle est comprise, risque bien souvent d'être totalement inopérante.

Rappelons qu'antérieurement à la loi de 1922, jurisprudence et doctrine avaient adopté une position assez singulière à l'égard de la provision : d'un côté, on admettait très généralement que le porteur était de plein droit *propriétaire* de la provision, et de l'autre on reconnaissait au tireur le droit de disposer librement de cette provision jusqu'à l'échéance.

Nous avons déjà protesté contre cette attitude, vraiment injustifiable, et nous en avons tiré argument pour démontrer que, malgré l'apparence, il ne s'agissait pas en l'espèce d'une véritable propriété. Maintenant que la nature du droit du porteur sur la provision est connue et que nous savons que la prétendue propriété de la provision équivaut à l'amélioration du droit de gage du porteur qui possède désormais un droit sur un élément individualisé du patrimoine du tireur, nous devons nous demander si le tireur doit conserver le droit de disposer de la provision après sa constitution.

Nous n'hésitons pas à répondre par la négative : donner une sûreté à un créancier en se réservant le droit de la reprendre lorsqu'on voudra, c'est pratiquement lui donner une garantie illusoire. Ou le porteur n'a pas besoin d'un supplément de garantie, et alors ne parlons plus d'attri-

bution de la provision, ou il est nécessaire de le protéger, et il faut alors lui donner un droit efficace.

L'opinion favorable à la libre disposition de la provision au profit du tireur s'appuie sur un argument inopérant, en l'espèce l'article 116 du Code de commerce. Du moment que cet article déclare qu'il y a provision si, à l'échéance, le tiré est redevable au tireur d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change, c'est, en conclut-on, qu'il faut uniquement se placer à l'échéance pour savoir s'il y a provision; jusqu'à ce moment il n'y a pas véritablement provision acquise au porteur et le tireur est libre de disposer comme il l'entend de la provision qui pourrait exister déjà.

Cette interprétation tout exégétique donnée par la jurisprudence et certains auteurs ⁽³⁾ ne nous paraît pas admissible : L'article 116 n'indique pas que le tireur est libre de disposer de la provision existante jusqu'à l'échéance; il précise seulement que le tireur a jusqu'à l'échéance pour faire provision, ce qui n'est pas la même chose.

Cette contradiction certaine entre l'attribution de la provision au porteur d'une part et le droit reconnu au tireur de disposer de cette provision d'autre part, subsiste-t-elle sous l'empire de la loi nouvelle ? On l'a soutenu en se fondant sur cette affirmation que la loi de 1922 n'avait fait que consacrer la jurisprudence antérieure. Un examen un peu attentif des travaux préparatoires démontre manifestement que la jurisprudence consacrée par le législateur est celle relative à l'attribution de la provision au porteur et nullement celle qui permettait au tireur de disposer jusqu'à l'échéance de la provision déjà constituée. Il existe même

(3) V. notamment Ghelmegeanu, *Essai sur une théorie générale des effets de commerce en droit français*, p. 82.

une preuve certaine que le législateur a voulu rompre avec cette conception; nous la trouvons en termes très nets dans le rapport de M. le sénateur Serre (4).

On ne saurait donc reprocher au législateur de 1922 d'avoir consacré expressément une contradiction en affectant la provision au porteur et en reconnaissant en même temps au tireur le droit de disposer ultérieurement de cette provision.

Cependant, si les travaux préparatoires nous ont permis de préciser ce point, le laconisme du texte de la loi n'en demeure pas moins regrettable et nous y constatons deux lacunes graves :

La première, c'est l'absence de disposition permettant de trancher les conflits qui peuvent s'élever entre le porteur d'une part et les ayants cause du tireur ou le tiré d'autre part.

La seconde, c'est l'absence de protection efficace du droit reconnu au porteur sur la provision.

Examinons successivement ces deux points.

(4) « ... L'article 4 de la proposition de loi que nous étudions veut que la provision soit transmise de plein droit aux porteurs successifs de la lettre de change. Cette disposition est la négation même du principe de l'article 116 du Code de commerce, qui déclare, au contraire, que le tireur reste jusqu'au paiement seul propriétaire de la provision. Le bénéficiaire de la lettre, dans cette théorie, n'est qu'un créancier ordinaire du tireur, sans privilège spécial sur cette provision. Si donc le tireur vient à faire faillite, le bénéficiaire de la lettre ne viendra sur la provision que comme un créancier ordinaire, soumis au dividende.

» Il y a là, pour la circulation de la lettre de change, un inconvénient facile à deviner, qui en proscriit l'emploi. Les banquiers et les tiers porteurs hésitent d'accepter un pareil titre et, depuis longtemps déjà, réclament un texte qui augmenterait l'étendue de leur garantie.

» Notre jurisprudence, par étape et dans un but d'utilité pratique, a, depuis longtemps, brisé avec les exigences du Code de commerce et admis que la propriété de la provision passait au bénéficiaire de la lettre d'abord, aux endosseurs successifs ensuite, automatiquement, sans stipulation expresse ni formalité aucune et aussi souvent que le titre lui-même changerait de porteur. » (*J. off.*, doc. parl. (Sénat), 1921, p. 1044.)

Il est aisé de concevoir le conflit qui peut naître dans la pratique entre le porteur et un ayant cause du tireur : Un commerçant gêné dans ses affaires peut être tenté pour se procurer des fonds de tirer un double parti d'une créance qu'il possède : d'un côté, en créant une traite contre son débiteur, et, de l'autre, en cédant sa créance à un tiers. Supposons que le cessionnaire de la créance, conformément à l'article 1690 du Code civil, signifie le transport au débiteur ou obtienne son acceptation dans un acte authentique. A l'échéance, le paiement sera réclamé au débiteur, à la fois par le porteur de la lettre de change « propriétaire de la provision », et par le cessionnaire de la créance. Quel est celui des deux qui devra être préféré ? Si le porteur de la lettre de change mérite toute sollicitude et peut invoquer la loi de 1922 en sa faveur, le cessionnaire de la créance est tout aussi intéressant et peut se prévaloir de l'article 1690 du Code civil.

Porteur de la traite et cessionnaire de la créance sont tous les deux de bonne foi et à l'abri de tout reproche, car le porteur ignorait la cession faite au tiers et n'avait aucun moyen de la connaître, et le tiers cessionnaire ignorait également la création de la lettre de change.

Faudra-t-il s'attacher à la date de création de la traite et à la date de la cession, en donnant la préférence à l'acte le plus ancien ? Faudra-t-il, en ce qui concerne le cessionnaire, prendre en considération la date de signification de la cession au débiteur cédé ou la date de la cession ?

On ne peut sur ce point que formuler des conjectures en présence du silence de la loi.

Or, la loi aurait dû indiquer la solution à adopter. Ce n'est pas la première fois que se présente un conflit entre deux cessionnaires d'un même droit ou d'un même bien,

et le législateur a pris soin, à maintes reprises, d'indiquer en quel sens le problème devait être résolu :

En matière de transmission mobilière, c'est celui qui est en possession qui est préféré, même si son titre est postérieur en date (Art. 1141 C. civ.).

Si la même créance a été cédée à plusieurs personnes, suivant le mode civil, c'est celle qui a accompli la première les formalités de l'article 1690 du Code civil qui est préférée. Si la même créance a été cédée à l'un et donnée en gage à l'autre, c'est la date d'exécution des significations prescrites par les articles 1690 et 2075 du Code civil qui permettra de résoudre le conflit.

S'agit-il d'un navire vendu deux fois par le même propriétaire, c'est la date de la mutation en douane qui indiquera celui des acheteurs qui doit être préféré.

Enfin, en matière de vente immobilière, l'acquéreur qui, le premier, a fait transcrire son titre est préféré à l'acquéreur antérieur qui n'a pas observé les formalités de la loi du 23 mars 1855.

Pourquoi le législateur de 1922 n'a-t-il pas, comme dans les cas précédents, formulé de règle permettant de résoudre des difficultés dont l'importance pratique n'aurait pas dû lui échapper ?

Ce n'est pas seulement entre le porteur et un ayant cause du tireur que peut s'élever un conflit, mais entre le porteur et le tiré.

Supposons qu'un commerçant, créancier d'un autre, tire sur ce dernier une lettre de change au profit d'une troisième personne. La traite n'ayant pas été présentée à l'acceptation, le tiré ignore qu'il a été disposé sur lui. Avant l'échéance, le tireur demande au tiré le paiement de sa créance; celui-ci paie. Arrive l'échéance; le tiré n'ayant pas

accepté la lettre de change et n'ayant plus provision va refuser de payer le porteur. Mais alors le porteur ne poura-t-il pas dire au tiré qu'il a mal payé entre les mains du tireur et l'obliger à payer une seconde fois ? Cette solution serait véritablement inique et, cependant, on ne dispose pas de moyen direct pour l'écarter. Le seul palliatif que nous avons indiqué plus haut ⁽⁵⁾ consisterait pour le tiré à invoquer l'article 1240 du Code civil qui déclare valable le paiement fait de bonne foi au possesseur apparent d'une créance. Mais ce n'est là qu'un moyen détourné pour arriver à une solution équitable et qui peut-être ne serait pas admis par les tribunaux. On voit combien cette situation demeure préoccupante.

Certains penseront peut-être que la provision, au lieu d'être transmise *de droit* au porteur, n'aurait dû lui être transmise qu'après l'acceptation du tiré. Ainsi, le tiré se trouverait prévenu de l'existence de la traite et il ne consentirait certainement plus à se dessaisir de la provision, qui demeurerait de la sorte exclusivement affectée au paiement, le tireur, d'autre part, suivant une jurisprudence constante, ne pouvant obliger l'accepteur à se dessaisir de cette provision.

Ce système ne serait d'ailleurs que l'application à la lettre de change des règles qui régissent le chèque certifié (*certified check*) en usage aux Etats-Unis. Ce chèque certifié porte, en somme, l'acceptation du banquier dépositaire des fonds et se trouve soustrait à la révocation du tireur, puisque le banquier s'est engagé à y faire honneur ⁽⁶⁾.

(5) V. *supra*, p. 98.

(6) V. sur ce point Albert Chéron, *De l'irrévocabilité du chèque* (D. H., 16 févr. 1928, Chronique, p. 18 et s.).

Mais si l'acceptation était nécessaire pour transmettre la provision au porteur, on retomberait dans les inconvénients précédemment signalés (7), le tireur pouvant tomber en faillite avant que la traite n'ait été présentée au tiré, et le tiré étant libre, par son refus d'accepter la lettre de change, de priver arbitrairement le porteur de tout droit sur la provision. Au surplus, l'utilité de l'attribution de la provision disparaît lorsque la traite est acceptée, puisque le tiré s'est alors engagé personnellement envers le porteur, et que, par rapport au paiement de la lettre de change, la garantie résultant de l'acceptation est plus énergique que celle qui découle de l'attribution de la provision (8).

On constate par ces quelques explications les difficultés sérieuses qui peuvent se présenter en l'absence d'une disposition formelle de la loi.

Mais ce n'est pas seulement sur ce premier point que se manifeste l'insuffisance de la loi de 1922; elle nous paraît critiquable pour une autre raison : l'absence de protection efficace du droit reconnu au porteur sur la provision.

A la vérité, les conflits signalés précédemment risquent de se produire d'autant plus fréquemment que le droit du porteur est moins protégé contre la mauvaise foi du tireur. Ce sont, en effet, les agissements répréhensibles du tireur, disposant plusieurs fois de la même créance ou en obtenant le remboursement au détriment d'un tiers, qui déterminent les conflits que nous avons énumérés.

Si la mauvaise foi du tireur se heurte à un obstacle appréciable, il est permis d'espérer que ses manifestations seront plus rares.

(7) V. *supra*, p. 86.

(8) La règle de l'inopposabilité des exceptions ne joue vis-à-vis du tiré que dans le cas d'acceptation.

L'obstacle à opposer à la mauvaise foi nous paraît facile à trouver : il fonctionne en matière de chèque. Indiquons-le en quelques mots.

La loi du 14 juin 1865 laissait le tireur libre de révoquer le chèque à sa guise, mais les inconvénients d'un pareil système, nettement défavorable au porteur, ne tardèrent pas à apparaître lorsque l'usage du chèque se développa. Aussi la loi du 2 août 1917, complétant l'article 6 de la loi de 1865, édicta une peine d'emprisonnement de deux mois à deux ans et une amende comprise entre le quart et le double de la valeur du chèque contre celui qui aurait émis de mauvaise foi un chèque sans provision *ou qui aurait retiré tout ou partie de la provision après l'émission*. Malgré ces dispositions sévères, on vit encore, suivant l'expression pittoresque de M. Chéron, « fleurir l'industrie du chèque sans provision » (9). C'est la raison pour laquelle la loi du 12 août 1926 est venue modifier dans les termes suivants les dispositions précédentes : « ... Celui qui, de mauvaise foi, a, soit émis un chèque sans provision préalable et disponible ou avec une provision inférieure au montant du chèque, soit *retiré, après l'émission, tout ou partie de la provision, soit fait défense au tiré de payer*, est passible des peines de l'escroquerie prononcées par l'article 405 du Code pénal. Dans ce cas, l'amende ne peut excéder le double ni être inférieure à la moitié du montant du chèque. »

Désormais, le retrait et le *blocage* de la provision sont réprimés par la législation pénale, et la propriété de la provision accordée par la loi au porteur du chèque se trouve sanctionnée.

Si l'on doit approuver la répression du retrait et du blo-

(9) Albert Chéron, article précité, D.II., 16 févr. 1928, p. 45. — V. aussi Zimboukis, *Le blocage de la provision en matière de chèque*, thèse Paris, 1923.

cage de la provision en matière de chèque, il est permis de faire quelques réserves sur le procédé employé par le législateur, qui assimile le retrait de la provision à l'escroquerie.

D'après les principes, le délit d'escroquerie ne comporte pas seulement l'existence de la mauvaise foi, mais encore, aux termes de l'article 405 du Code pénal, « l'usage de faux noms ou de fausses qualités » ou l'emploi de « manœuvres frauduleuses ». Or, dans des conditions normales, le tireur d'un chèque peut fort bien retirer la provision sans faire usage de faux noms, de fausses qualités, ou sans employer de manœuvres frauduleuses.

Il semble que si le législateur a eu conscience de la nécessité qui s'imposait de punir le retrait de la provision, il s'est peu occupé de déterminer à quel délit correspondait exactement ce retrait. Aussi a-t-il résolu la difficulté en étendant dans des conditions discutables, par la loi du 12 août 1926, le domaine d'application du délit d'escroquerie et en établissant une équivalence entre ce délit et la simple mauvaise foi ⁽¹⁰⁾.

(10) Cette assimilation résulte nettement de l'examen des travaux préparatoires, où le rapporteur « supprime » la distinction entre la mauvaise foi et l'escroquerie : Rapport fait au nom de la Commission du commerce et de l'industrie chargée d'examiner le projet de loi tendant à modifier et à compléter la législation sur le chèque, par M. Merlant, député. (*J. off.*, 1926, doc. parl., Chambre, annexe 2706, p. 354) : « ... L'usage du chèque ne pourra s'implanter définitivement dans le public, en France, en dehors des opérations bancaires courantes et comme simple instrument de paiement, qu'aux conditions suivantes : Il faut que celui qui a accepté un chèque en paiement soit bien persuadé, d'abord, que son chèque vaut de l'argent, qu'il a en mains un élément de sécurité et que, enfin, l'assurance absolue lui soit donnée qu'il se trouve défendu contre toute tentative d'escroquerie. Dans cet ordre d'idées, il apparaît nécessaire au Gouvernement d'aggraver sensiblement les pénalités dont est frappée actuellement l'émission effectuée de mauvaise foi d'un chèque non provisionné et d'y attacher le caractère infamant que ce délit comporte notamment en Angleterre. L'article 6 de la loi du 19 février 1874, complété par l'ar-

Nous pensons qu'il y avait mieux à faire. Il existe, en effet, dans le Code pénal, un texte qui nous paraît approprié à la situation que nous examinons : c'est l'article 400 qui décide, dans son § 5, que « les peines de l'article 401 seront également applicables à tout débiteur, emprunteur ou tiers donneur de gage qui aura détruit, détourné ou tenté de détruire ou de détourner des objets par lui donnés à titre de gages. » On se rappelle la conclusion à laquelle nous avons abouti sur la question de la propriété de la provision : cette institution tend à renforcer le droit de gage général du porteur en lui affectant la créance du tireur sur le tiré.

Il eût été juridique, croyons-nous, d'assimiler le retrait ou le blocage de la provision du chèque au détournement ou à la tentative de détournement de gage.

S'il n'y a pas véritablement contrat de gage exprès dans cette hypothèse, il n'en est pas moins vrai qu'en constituant provision, le tireur sait fort bien que cette provision est immédiatement affectée à la garantie du porteur et que si ce même tireur retire cette provision après l'avoir constituée, il commet un acte qui se rapproche beaucoup du détournement de gage et qui est aussi répréhensible.

C'est, en conséquence, au délit prévu par l'article 400, § 5, du Code pénal que nous aurions désiré voir assimiler le retrait ou le blocage de la provision du chèque (11).

ticle 2 de la loi du 2 août 1917, sanctionne simplement le délit en question par les peines spéciales à l'abus de confiance (deux mois à deux ans de prison et une amende variant du quart au double du montant du chèque). C'est seulement lorsque des manœuvres frauduleuses s'ajoutent à la mauvaise foi que le délit est frappé comme escroquerie (art. 405, C. pén., un an à cinq ans de prison et amende variable de la moitié au double de la valeur nominale du chèque). *L'article 3 du projet de loi qui vous est présenté supprime la distinction entre la mauvaise foi et l'escroquerie et applique directement à la mauvaise foi les peines de l'article 405 du Code pénal.* »

(11) Notre hypothèse se trouve textuellement prévue dans le Code pénal

Si le législateur a mal choisi l'article du Code pénal auquel il s'est référé, il faut cependant lui reconnaître le mérite d'avoir adopté une attitude logique, car, tout en affectant la provision du chèque au porteur, il interdit en même temps au tireur d'en disposer.

Pourquoi n'en est-il pas de même en matière de lettre de change ? L'absence de sanction pénale contre le tireur qui dispose de la provision après la mise en circulation de la traite ne peut qu'encourager à la fraude les commerçants gênés et peu scrupuleux, tant au détriment des porteurs de lettres de change qu'à celui des tiers de bonne foi.

Certes, nous n'espérons pas que la mise en œuvre d'une pénalité supprime toute fraude — la peur du châtiment ne supprime pas le crime — mais il n'en est pas moins vrai que l'existence d'une sanction détourne certains de la mauvaise voie et encourage d'autres à rester honnêtes. Le tireur de la lettre de change hésitera davantage à détourner la provision affectée au porteur s'il sait qu'il encourt, par le fait même, les rigueurs de la loi pénale.

C'est donc par l'article 400 du Code pénal que nous désirerions voir sanctionner expressément le retrait de la provision, car nous ne pensons pas que les tribunaux puissent,

annoté par Garçon, sous l'article 400, n° 184 : « ... Nous pensons que le délit de l'article 400 serait réalisé si le donneur de gage, après avoir engagé sa créance, se faisait, de mauvaise foi, payer par le débiteur. Tous les éléments de ce délit sont, en effet, constitués. Sans doute, ce paiement n'est pas à prévoir si la signification a été faite au débiteur, encore pourrait-on supposer que celui-ci est insolvable et qu'il a agi de concert frauduleux avec son créancier qui a donné le gage. Mais, pour rendre l'espèce vraisemblable, il suffit de penser au cas où cette signification n'a pas été faite. Ainsi que nous venons de le dire, le gage n'en existe pas moins dans les rapports du créancier gagiste et du donneur de gage, et ce dernier fait bien l'acte défendu en détournant l'objet qu'il a fourni en garantie. »

V. dans le même sens *Code pénal annoté* par Dalloz et Vergé, art. 400, n° 204 et s.

à l'occasion, appliquer de leur propre autorité cet article au cas qui nous occupe, en présence du principe d'interprétation stricte des textes répressifs.

En ce qui concerne la non-présentation de la lettre de change au paiement le jour de l'échéance et la détermination de l'attitude qui doit être prise par le tiré, il nous paraît possible d'appliquer la jurisprudence qui s'est établie à ce sujet en matière de chèque. Elle décide, d'une part, que le tiré qui a conservé la provision est tenu de payer le porteur quel que soit le retard apporté dans la demande de paiement, et, d'autre part, que le tireur n'a pas le droit de retirer la provision ⁽¹²⁾.

III

Il est un autre point sur lequel le législateur aurait dû statuer, c'est la mention de la provision sur la lettre de change.

Nous avons indiqué précédemment ⁽¹³⁾ comment, par l'effet de la pratique, la mention de valeur fournie qui figurait sur la lettre de change était arrivée à désigner non pas la valeur fournie par le preneur au tireur, mais la provision. De cette transformation, il fallait conclure deux choses : d'une part, qu'il n'était plus nécessaire d'exiger la mention de valeur fournie sur la lettre de change, mais, d'autre part, qu'il était utile de remplacer cette mention par celle de la provision.

Le législateur n'a pris ici qu'une demi-mesure; il a bien supprimé, par la loi du 8 février 1922, l'exigence de la mention de valeur fournie, mais il n'a rien dit pour la pro-

(12) Trib. com. Saint-Etienne, 28 févr. 1929, D.H., 18 avril 1929, p. 215; Cass. crim., 19 janv. 1928, D., 29. I. 24, et la note.

(13) V. *supra*, p. 58 et s.

vision, ce qui fait qu'en définitive il n'a consacré qu'une partie de l'évolution précédemment accomplie.

Cette attitude est particulièrement regrettable. Puisque, aux termes mêmes de la loi, la provision est affectée au porteur, il faut bien convenir qu'il a intérêt à savoir si elle existe. Or, pouvait-il y avoir une meilleure manière d'avertir et le porteur et les endosseurs de l'existence de la provision que d'exiger sa mention sur la lettre de change lorsqu'elle existe au moment de la mise en circulation de l'effet ? S'il en avait été ainsi, chacun, à première vue, aurait pu savoir s'il y avait ou non provision au moment du tirage de la traite et agir en conséquence. Il aurait résulté de cette mesure une sorte de défaveur pour les traites qui n'auraient porté mention d'aucune provision et qui auraient bénéficié d'un crédit moindre. On incitait, par là même, tous les tireurs de lettres de change à constituer provision dès l'émission et de ce fait la garantie que la loi a voulu accorder au porteur se serait trouvée en fait efficacement renforcée.

IV

Il est, enfin, une constatation qui s'impose et qui paraît révéler une certaine contradiction dans le système de la loi de 1922. D'une part, en effet, le législateur accorde au porteur une protection particulière en lui attribuant la qualité de créancier chirographaire à gage individualisé, et, d'autre part, il établit l'endossement en blanc⁽¹⁴⁾. Il en résulte que désormais la lettre de change peut circuler de main en main sans désignation de personnes, comme un titre au porteur, ce qui fait disparaître la garantie solidaire des endosseurs envers le porteur.

(14) Art. 137 nouveau du Code de commerce.

Ainsi, d'un côté la loi améliore la situation du porteur et de l'autre elle la rend moins bonne.

Telles sont les principales critiques qui nous paraissent pouvoir être adressées à la loi du 8 février 1922.

Nous formons le souhait que le législateur, constatant les lacunes de cette loi, éprouve le désir de les combler pour régler d'une manière complète et logique cette question de l'attribution de la provision.

CHAPITRE II

LES DIFFERENTS SYSTEMES ETRANGERS

Les développements qui précèdent montrent l'importance de la provision dans la conception française de la lettre de change. Bien que son existence ne soit pas nécessaire à la validité de la traite, la provision constitue sa base normale et c'est presque toujours en considération de la provision, présente ou future, que le tireur crée la lettre de change au profit du preneur. On peut dire que le droit français maintient un lien effectif entre l'effet de commerce et sa cause. La consécration par le législateur de l'attribution de la provision au porteur est une nouvelle preuve du prix attribué en France au rôle de la provision.

Faut-il en conclure que la provision occupe nécessairement une place de premier plan dans la technique de la lettre de change ? Ce serait aller trop loin, car l'examen des législations étrangères montre que la provision est diversement appréciée. S'il est, en effet, certains pays qui accusent l'existence de la provision dans leur droit du change, il en est d'autres qui, au moins en apparence, ignorent la provision, laissée volontairement en dehors de la législation cambiaire.

Pour donner une idée générale des divers systèmes adoptés relativement à la provision par les pays étrangers, il

est possible de les ranger en trois groupes : un groupe français dans lequel la provision demeure rattachée à la lettre de change; un groupe allemand, dans lequel la provision paraît demeurer entièrement en dehors du droit du change; enfin, un groupe anglo-américain, qui se rallie à une conception intermédiaire.

Nous allons étudier successivement les traits caractéristiques de chacun de ces groupes.

SECTION PREMIERE

Groupe français.

Dans ce groupe, doit figurer tout d'abord la Belgique, où la question de la propriété de la provision a soulevé des discussions multiples. Dotée de notre Code de commerce, la Belgique, comme la France, se trouva dans l'obligation de trancher la question de l'attribution de la provision, posée par les nécessités pratiques. Mais tandis que la jurisprudence française arrivait à reconnaître au porteur un droit absolu sur la provision, la Cour de cassation belge n'admettait le transfert de la provision au porteur qu'après l'acceptation du tiré.

Profitant de la revision du Code de commerce, qu'elle n'hésita pas à entreprendre, la Belgique voulut résoudre législativement le problème de la provision, et elle le fit dans la loi du 20 mai 1872, consacrée aux lettres de change et aux billets à ordre, qui constitue le livre 1^{er} du titre VIII du nouveau Code de commerce belge.

La solution du problème n'alla pas sans difficultés. Tour à tour, la thèse favorable au porteur et celle qui lui déniait tout droit sur la provision furent énergiquement défendues devant la Chambre des représentants; la première par

M. Dupont, rapporteur de la Commission parlementaire; la seconde par MM. Jacobs, Watteu et Guillery (1).

Finalement fut voté l'article 6 ainsi conçu : « Le porteur a, vis-à-vis des créanciers du tireur, un droit exclusif à la provision qui existe entre les mains du tiré, lors de l'exigibilité de la traite, sans préjudice à l'application de l'article 445 de ce Code.

» Si plusieurs lettres de change ont été émises par le même tireur sur la même personne et qu'il n'existe entre les mains du tiré qu'une provision insuffisante pour les acquitter toutes, elles sont payées de la manière suivante :

» Si la provision est d'un corps certain et déterminé, les traites au paiement desquelles elle a été spécialement affectée sont acquittées avant toutes les autres, toutefois sans préjudice des droits que des acceptations antérieures auront conférés au tiré.

» A défaut d'affectation spéciale, les traites acceptées sont payées par préférence à celles qui ne le sont point.

» Si la provision est fournie en choses fongibles, les traites acceptées sont préférées aux traites non acceptées.

» En cas de concours entre plusieurs traites acceptées ou entre plusieurs traites non acceptées, elles sont payées au marc le franc.

» Le tout sous réserve, en cas d'acceptation, de l'exécution des obligations personnelles du tiré qui n'est pas en faillite. »

Si l'application pratique de l'article 6 de la loi belge du 20 mai 1872 ne souleva pas de difficultés sérieuses, il n'en fut pas de même de son interprétation théorique

(1) Fontaine, *La loi belge du 20 mai 1872 au regard de la théorie de la cession de la provision et de l'unification internationale*, Gand, 1922, p. 33.

Faut-il décider que cet article adopte la solution française de la transmission de la provision au porteur ou qu'il institue un véritable privilège ?

M. Fontaine, dans une intéressante étude consacrée à ce problème, tente de démontrer, à l'aide des travaux préparatoires de la loi du 20 mai 1872, que le législateur belge n'a nullement entendu consacrer la doctrine de la cession de la provision, et que, « dans le fond comme dans la forme », l'article 6 est la négation du système d'après lequel l'endossement transfère la propriété de la provision. Il en conclut qu'en réalité la loi belge consacre un véritable privilège en faveur du porteur (2).

L'étude de M. Fontaine a un mérite : celui de s'élever contre la prétendue propriété de la provision qui, nous l'avons vu, ne correspond pas à la réalité, mais nous ne sommes pas de son avis lorsqu'il prétend que la loi belge a consacré un privilège pour le porteur. En Belgique, comme en France, en effet, les privilèges sont de droit étroit et il ne paraît pas possible d'admettre l'existence d'un privilège sans un texte formel. Or, le mot *privilège* ne figure nulle part dans la loi.

M. Fontaine a certainement pressenti l'objection, et, tout en critiquant d'un style alerte et vigoureux la théorie de la propriété de la provision, ses développements consacrés au privilège ont plutôt l'allure d'un plaidoyer que d'une discussion juridique calme et serrée, s'appuyant sur des arguments péremptoires (3).

(2) Fontaine, *op. cit.*, p. 70.

(3) Nous tenons à ce sujet à citer le passage suivant :

« ... Nous croyons inutile de prolonger cette démonstration par l'absurde. Les preuves abondent pour démontrer que si l'on prend au sérieux la théorie d'après laquelle l'endossement aurait transféré la propriété de la provision, l'article 6 nous a plongés en pleine incohérence. Voyez, au con-

De son côté, la Cour de cassation belge paraît assez gênée pour interpréter l'article 6 et a recours aux travaux préparatoires de la loi pour décider « que l'endossement ne confère au porteur, à l'origine, *que la propriété du titre* et un droit éventuel de préférence ou privilège *vis-à-vis des créanciers du tireur* sur la provision qui existerait encore lors de l'exigibilité (4).

Sans doute peut-on dire que la Cour de cassation belge consacre la théorie du privilège, mais quelle circonspection dans les termes employés !

En réalité, doctrine et jurisprudence sont embarrassées pour déterminer la nature juridique du droit reconnu au

traire, comme tout s'éclaircit et devient logique quand on considère que le droit accordé au porteur est un simple privilège... La provision est restée dans le patrimoine du tireur; ce sont les créanciers de celui-ci et les porteurs de traites qui se la disputent, c'est leurs droits et obligations qu'il s'agit de régler. Il s'agit de créer, en faveur des porteurs, une préférence et d'établir le rang des divers porteurs... Ce qui va déterminer les solutions, c'est l'intention probable du tireur d'accorder une préférence à tel ou à tel porteur; c'est la force plus ou moins grande du lien obligatoire que le titre constate. En affectant la provision au paiement de certaines traites, le tireur a manifesté le désir que la provision servît à les payer d'abord. En « affectant » la provision, il a voulu que la provision servît de garantie, de sûreté, de gage, de privilège. » (Fontaine, *op. cit.*, p. 54.)

V. aussi, page 101 : « La Belgique, alors qu'elle a, elle, ainsi que nous croyons l'avoir démontré, par le système du privilège, donné à ces droits du porteur une construction « plus cohérente » et « plus rationnelle », va-t-elle, par une singulière ironie du sort, s'engager dans la voie que la France abandonnera peut-être un jour ? Va-t-elle s'engager définitivement dans ce sombre labyrinthe où l'esprit, une fois entré, ne cesse de se heurter, à tout moment, à des principes juridiques inéluctables ? Va-t-elle se lancer irrémédiablement dans ce byzantinisme juridique que nous avons signalé, et ce à propos d'une matière qui, par sa nature commerciale et son application de tous les jours, plus qu'aucune autre, requiert de la simplicité et de la clarté ?... Nous aimons à croire que non. Si, sans parvenir à écarter ce que nous considérons comme un danger, les présentes lignes pouvaient avoir pour effet d'attirer l'attention des juristes sur son existence, nous nous considérerions comme largement récompensé de nos efforts. »

(4) Cass. belge, 25 oct. 1906. *Pasic.*, 1907. 1. 27

porteur sur la provision par l'article 6. La solution que nous proposerons nous paraît susceptible de mettre fin à toutes les difficultés : elle consiste à reconnaître qu'en Belgique, comme en France, le porteur de la lettre de change est un créancier à gage individualisé, bénéficiant de l'affectation de la provision à son profit.

Les termes employés par l'article 6 concordent parfaitement avec cette interprétation, le législateur belge ayant décidé que « le porteur a, vis-à-vis des créanciers du tireur, un *droit exclusif* à la provision » ⁽⁵⁾. Si le tiré non accepteur paie sa dette au tireur avant l'échéance, on admet que le porteur de la lettre de change ne peut pas le contraindre à payer une seconde fois. M. Namur indique qu'il doit en être ainsi parce que l'article 6 règle seulement les rapports du porteur vis-à-vis des créanciers du tireur et n'impose aucune obligation au tiré ⁽⁶⁾.

La seconde partie de l'article 6 règle le concours de plusieurs porteurs sur une provision insuffisante, question tranchée en France par la jurisprudence sans l'intervention du législateur.

Les dispositions du Code de commerce belge ne sont pas les seules où la provision soit prise en considération par la loi d'une manière formelle.

Le Mexique tranche nettement la question de la propriété

(5) V. *supra*, p. 251.

(6) Namur, *Commentaire du titre VIII, livre 1^{er}, du nouveau Code de commerce belge relatif aux lettres de change et aux billets à ordre*, p. 33 : « ... On ne peut objecter que le porteur a un droit exclusif sur la provision existant entre les mains du tiré à l'échéance, car cette règle n'est établie par l'article 6 que pour régler les rapports du porteur *vis-à-vis des créanciers du tireur*, et nullement pour imposer une obligation quelconque au tiré. D'après les principes généraux, le tiré n'est obligé vis-à-vis du porteur que par l'acceptation, volontaire ou forcée, c'est-à-dire par la promesse consentie librement de payer à l'échéance, ou en vertu d'une déclaration judiciaire tenant lieu d'acceptation. »

de la provision, en décidant que la provision est acquise au porteur dès l'acceptation du tiré (7). Le Code de commerce argentin décide que le tiré ne doit pas accepter la lettre de change, même lorsqu'il a provision, s'il sait que le tireur a été déclaré en faillite. Mais si l'acceptation est antérieure à la nouvelle de la faillite du tireur, il peut retenir la provision, qui se trouvera ainsi affectée au paiement de la traite (8).

Les Codes de Colombie, de l'Equateur et des Pays-Bas adoptent la même solution (9).

(7) Code de commerce mexicain, art. 469 et s. — Art. 473 : « La propriété de la provision appartiendra au porteur de la lettre de change dès l'acceptation, sauf les dispositions du présent Code pour le cas de faillite ou de dol (C. com., mexicain, traduit par Henri Prudhomme).

(8) Code de commerce argentin, art. 645 : « Le tiré ne doit pas accepter la lettre de change, même lorsqu'il a provision, s'il sait que le tireur a été déclaré en état de faillite. S'il l'accepte, il n'a pas le droit de retenir les fonds du tireur, et il doit payer la lettre de change, comme s'il s'agissait d'une obligation personnelle, sauf son droit de se présenter avec les autres créanciers, comme s'il était le porteur de ladite lettre de change. » — Art. 646 : « Si la nouvelle de la faillite du tireur lui parvient après l'acceptation, l'accepteur a le droit de retenir la provision. »

(9) Code de commerce de Colombie, art. 805 : « Lorsque la faillite du tireur ou du donneur d'ordre a été publiée, le tiré ne peut plus accepter ni payer les lettres de change tirées sur lui, et les créanciers ont le droit d'exiger de lui qu'il déclare s'il a accepté ou non. S'il contrevient à cette prohibition, l'acceptation et le paiement seront aux comptes et risques de l'accepteur, et les fonds remis à titre de provision feront retour à la masse de la faillite. » — Art. 806 : « Si la lettre de change a été acceptée avant la publication de la faillite du tireur ou du donneur d'ordre, les fonds remis à titre de provision demeureront au pouvoir de l'accepteur, et il sera obligé de payer le porteur à leurs dépens. »

Code de commerce de l'Equateur, art. 445 : « En aucun cas, le porteur d'une lettre de change protestée n'a de droit sur la provision. Si la lettre de change n'a pas été acceptée, la provision, en cas de faillite du tireur, fait retour à la masse de celui-ci. En cas d'acceptation, le tiré retient la provision, sauf l'obligation pour lui de payer la lettre et de rendre compte. »

Code de commerce des Pays-Bas, art. 410. — Deux lois, l'une du 5 juin 1925, l'autre du 2 juillet 1928, ont modifié profondément la législation cambiaire des Pays-Bas, notamment en supprimant la remise de place en place, la clause de valeur fournie, en admettant l'endossement en blanc et en

Le Code haïtien reproduit dans ses articles 113 et suivants les textes du Code de commerce français relatifs à la provision, et, bien qu'il n'y ait pas de disposition attribuant formellement la provision au porteur, on admet que la provision existant entre les mains du tiré au moment de l'échéance de la lettre de change est acquise au porteur, malgré la survenance de la faillite du tireur, si cette provision a été réalisée par le failli avant les dix jours qui ont précédé la cessation des paiements. Autrement, la provision reste la propriété de la faillite ⁽¹⁰⁾.

Le Code de commerce de Costa-Rica consacre plusieurs articles à la provision et, sans décider qu'elle appartient au porteur en cas de faillite du tireur, décide dans les termes suivants qu'elle demeure affectée au paiement de la traite : « Si, avant l'échéance de la lettre de change, le tireur vient à tomber en faillite, celui qui a reçu la provision la gardera et l'emploiera au paiement de la lettre, qu'elle ait été acceptée ou non. Si la dette à l'occasion de laquelle la lettre a été tirée n'était pas exigible à l'échéance de la lettre, le tiré, nonobstant la faillite du tireur, en retiendra également le montant à titre de provision. » ⁽¹¹⁾.

Le Code Chilien, tout en réglementant la provision, refuse d'une manière formelle de reconnaître au porteur un droit quelconque sur cette provision (art. 695, C. com.).

D'autres pays se rattachent au système français parce qu'ils maintiennent la provision à la base de la lettre de change, mais sans consacrer toutefois un droit sur la pro-

réglementant le cas de perte de la lettre de change. Toutefois, ces deux lois n'ont pas modifié les règles relatives à la provision. V. *Annales de droit commercial*, n° oct.-déc. 1928, p. 341 et s.

(10) V. Code de commerce d'Haïti, in *Lois commerciales de l'Univers*, t. XIII, p. 76, note 3.

(11) Code de commerce de Costa-Rica, art. 42.

vision au profit du porteur. Tels sont l'Espagne et le Nicaragua (12).

Nous tenons à signaler que deux pays, la Colombie et le Congo belge, appliquent des sanctions pénales contre les tireurs de lettre de change qui font traite sans avoir constitué provision aux mains du tiré ou en sachant bien qu'ils ne seront pas créanciers à l'échéance. On constate qu'en demandant en France l'institution de pénalités contre le tireur qui retire la provision, nous nous montrons encore plus modéré que ces deux pays.

La loi colombienne du 1^{er} juillet 1922, réglementant l'émission des chèques, lettres de change et ordres de paiement, décide, en effet, que « toute personne qui, dans une intention frauduleuse, fera, tirera, émettra ou délivrera un chèque, une lettre de change ou un ordre de payer sur une banque ou un autre dépositaire, sachant qu'à la date de l'émission il n'y a pas à la banque, au crédit de celui qui est tenu de payer, une somme suffisante pour le paiement à présentation, sera coupable d'un délit et punissable d'un emprisonnement d'un an au plus et d'une amende de 1.000 dollars, ou de l'une de ces deux peines. Il y aura présomption de fraude si le tireur, avisé par le porteur du refus de paiement, ne s'acquitte pas dans les cinq jours » (13).

En ce qui concerne le Congo belge, c'est l'article 1^{er} du décret du 12 mars 1923 qui réprime dans les termes suivants l'émission de chèques sans provision et d'autres effets tirés sans droit : « Sera puni d'une servitude pénale d'un

(12) Code de commerce espagnol, art. 456 à 460. Code de commerce du Nicaragua, art. 253 à 255.

(13) Loi du 1^{er} juillet 1922, chap. 273 : « An act regulating the issuance of checks, drafts, and orders for the payment of money within the District of Columbia » (*Annuaire de législation étrangère*, année 1922, p. 452.)

mois à deux ans et d'une amende de 300 à 3.000 francs ou d'une de ces peines seulement, celui qui se sera frauduleusement procuré des fonds, valeurs ou décharges au moyen d'un effet tiré sur une personne qui n'existe pas ou qu'il savait ne pas être sa débitrice ou ne pas devoir l'être à l'échéance et qui ne l'avait pas autorisé à tirer sur elle. » (14).

Enfin, pour terminer avec le groupe français, nous signalerons les règles qui régissent en Egypte la propriété de la provision.

Il existe, en Egypte, deux Codes de commerce : Le Code mixte et le Code indigène.

Le Code mixte admet qu'en cas de faillite du tireur, la provision tombe dans la masse, le porteur concourant au marc le franc avec les autres créanciers du tireur. Cependant, s'il y a eu affectation spéciale ou si le tiré a accepté la traite, la provision est acquise au porteur (15).

Toutes différentes sont les règles du Code indigène, qui, plus soucieux de favoriser la circulation des lettres de change, a franchement adopté le système de la jurispru-

(14) *Annuaire de législation étrangère*, année 1923, p. 629.

(15) Code de commerce mixte égyptien, art. 119 : « Le tireur doit, même quand le protêt a été fait tardivement, fournir au porteur, aux frais de ce dernier, les titres nécessaires pour retirer la provision. Les syndics du tireur ont la même obligation, à moins qu'ils ne préfèrent relever le porteur de la déchéance et l'admettre au marc le franc pour le montant de la lettre de change. » — Art. 120 : « Toutefois, la provision est acquise au porteur au jour de l'échéance, s'il y a eu affectation spéciale de cette provision au paiement de la lettre de change et si le tiré a accepté en connaissance de l'affectation ou en a été averti avant la faillite du tireur, soit par un avis de ce dernier, soit par un protêt faute d'acceptation ou de paiement même tardif. Hors ce cas d'affectation spéciale, la provision rentre dans la masse du tireur, quand il n'y a pas acceptation avant que la faillite soit connue de l'acceptant. » — Art. 121 : « S'il y a acceptation, le tiré conserve la provision, sauf à lui à satisfaire à cette acceptation vis-à-vis du porteur. » (*Code de commerce mixte égyptien*, dans *Les Codes égyptiens et lois en vigueur en Egypte*, par Wathelet et Brunton, Bruxelles, 1919.)

dence française, reconnaissant au porteur un droit absolu sur la provision, notamment en cas de faillite du tireur (16).

Toutefois, tant en droit mixte qu'en droit indigène, le porteur ne se trouve pas garanti contre le risque de faillite du tiré; il vient en concours avec les autres créanciers, sauf son recours contre les autres garants et son droit de primer les créanciers lorsque la provision repose sur un corps certain (17).

Il est particulièrement intéressant de trouver consacrée dans le Code égyptien indigène l'attribution de la provision au porteur : ce Code date de 1883 et fut donc le premier à formuler législativement la théorie de la jurisprudence française favorable au porteur, ce que notre législateur n'a fait qu'en 1922.

Ce caractère de modernisme du Code indigène égyptien, auquel il a été justement rendu hommage (18), méritait d'être indiqué.

(16) Code de commerce indigène (Collection des *Codes égyptiens*, Le Caire, 1884). Art. 113 : « Le tireur doit, même quand le protêt a été fait tardivement, fournir au porteur, aux frais de ce dernier, les titres nécessaires pour retirer la provision. En cas de faillite du tireur, les syndics de la faillite ont la même obligation. » — Art. 114 : « Soit qu'elle ait été déjà effectuée au moment de l'émission ou de la transmission de la lettre de change, soit qu'elle ne l'ait été que depuis, la provision existante entre les mains du tiré appartient au porteur, alors même qu'elle n'aurait pas été affectée spécialement au paiement de la lettre, ou qu'il n'y aurait pas eu acceptation de la part du tiré. » — Art. 115 : « En cas de faillite du tireur survenue même avant l'échéance de la lettre de change, le porteur exerce son droit sur la provision valablement faite entre les mains du tiré, à l'exclusion des autres créanciers du tireur... »

(17) Code de commerce mixte, art. 122 : « Si le tiré tombe en faillite, la provision qui consiste dans une créance sur lui tombe dans la masse de sa faillite; la provision qui consiste dans un corps certain ou une somme déposée est remise à qui de droit, suivant les règles ci-dessus. »

Code de commerce indigène, art. 115 : « ... En cas de faillite du tiré, la provision qui consiste dans une créance sur lui tombe dans la masse de la faillite; la provision qui consiste en marchandises, effets, valeurs ou sommes revendicables aux termes des articles 376 et suivants, peut être revendiquée par le porteur de la lettre de change. »

(18) Abd-el-Fattah el-Sayed Bey et Marc Desserteaux, *Traité théorique*

SECTION II

Groupe allemand.

Le droit du change allemand repose sur une conception de l'effet de commerce nettement différente de la conception française.

Jusque vers la fin du xvii^e siècle, la doctrine allemande adopta la conception traditionnelle de la lettre de change, lorsque parut, en 1677, le « *Wissel-Styl tot Amsterdam* » du Hollandais Phoonsens, qui vint jeter un trouble profond dans les idées en ébauchant la théorie du *contrat littéral* ou *chirographaire*.

Cette théorie se mit aussitôt en opposition directe avec la doctrine classique en détachant la lettre de change des opérations qui avaient précédé sa création et en posant en principe qu'elle constitue un titre qui se suffit à lui-même.

L'idée nouvelle pénétra dans l'*Allgemeines Landrecht* prussien, rédigé en 1794, où l'on remarque des différences notables avec le système de l'Ordonnance française de 1673.

La doctrine du change devint hésitante en Allemagne

et pratique des effets de commerce en droit égyptien (Avant-propos), p. III : « ... Bien avant la loi française du 8 février 1922, les auteurs de la législation égyptienne avaient senti toute l'insuffisance et l'obscurité des dispositions législatives françaises concernant la provision, et ils avaient même procédé, en cette matière, avec un esprit progressif assez remarquable, accentuant dans le Code indigène leur tendance favorable aux droits du porteur, qui n'était qu'esquissée dans le Code mixte, et montrant d'une façon encore plus nette la voie dans laquelle devait s'engager le législateur français. » — Page 100 : « ... Il est probable que, entre la rédaction des codes mixtes et celle des codes indigènes, il s'était fait en Egypte un travail de réflexion : les avantages de la solution jurisprudentielle française étaient apparus, et le législateur égyptien a voulu consacrer cette solution, pressentant ainsi, quarante ans à l'avance, le mouvement qui devait finir par l'emporter dans les milieux parlementaires français. »

dans le courant du xviii^e siècle : c'est aux ouvrages de G. Fr. de Martens ⁽¹⁹⁾ et J.-G. Büsch ⁽²⁰⁾ que l'on doit d'avoir repris la théorie du contrat littéral, à laquelle, quelques années plus tard, Liebe, Thöl et Einert devaient donner son plein épanouissement ⁽²¹⁾.

C'est le système développé par Karl Einert, dans son ouvrage « *Das Wechselrecht nach dem Bedürfniss des Wechselgeschäfts in neunzehnten Jahrhundert* », qui est considéré comme ayant inspiré directement la loi du change allemande, l'« *Allgemeine deutsche Wechselordnung* », devenue en 1871 loi d'Empire.

Selon Einert, la lettre de change est un véritable *papiermonnaie* ⁽²²⁾ reposant sur le crédit des commerçants. Ceux-ci, lorsqu'ils tirent des lettres de change, agissent à la manière de l'Etat qui émet des billets de banque. La traite constitue une promesse de paiement adressée au public et détachée de tous rapports juridiques antérieurs ⁽²³⁾. C'est

(19) *Entwicklung des wahren Ursprungs des Wechselrechts* (1797).

(20) *Von dem wahren Grunde des Wechselrechts samt einem Beitrag zur Geschichte desselben* (1779).

(21) V. Potu, *La lettre de change au point de vue historique, juridique, économique*, p. 48 et s.

(22) Einert, *Das Wechselrecht nach dem Bedürfniss des Wechselgeschäfts in neunzehnten Jahrhundert*, p. 34 : « Ist der Wechsel wirklich Papiergeld, so sollte man nach den Belegen, die wir von dem Alter des Instituts haben, annehmen, dass in ihm zuerst die Idee, Geld in Papier zu repräsentiren, zur Ausführung gekommen, dass vielmehr die Ausstellung eines Bank = oder Staatspapiergeldes erst vom Wechsel ausgegangen sei. »

(23) Einert, *op. cit.*, p. 85 : « Wenn eine Privatperson Wechsel ausstellt, um sie als Geld in Umlauf zu setzen, so entgeht ihr das Mittel, diese Absicht vor der Ausgabe durch ein Programm zu verkündigen. Die Stelle des Programms vertritt das Gesetz, oder das allgemeine Wechselrecht, welches man als etwas gemeingültiges und bestehendes ansprechen mag, wenn man die Uebereinstimmung der Idee des Staatspapiergeldes mit der des Wechsels anerkennt. Was beim Staatspapiergeld im Programme steht, das muss das Gesetz suppliren, das Gesetz muss das Einlösungsversprechen beim Wechsel als ein dem Publicum, für welches der Wechsel bestimmt ist, ertheiltes achten, welches durch Zwischenverhältnisse der Inhaber,

là, dit Einert, une conception nouvelle qui s'impose malgré les préjugés historiques qu'on peut lui opposer (24).

La théorie d'Einert subit par la suite quelques atténuations, notamment en ce qui concerne l'assimilation trop complète faite par le savant auteur entre la lettre de change et le papier-monnaie. Elle fut reprise par Thöl, qui, tout en y apportant des modifications profondes, maintient le principe essentiel de la théorie d'Einert : la séparation de la lettre de change d'avec les rapports juridiques qui pouvaient lier les parties avant sa création.

Tandis, en effet, que, pour Einert, la lettre de change est un acte unilatéral, pour Thöl, elle constitue un contrat; aussi sa théorie reçut-elle le nom de *théorie contractuelle de la promesse d'une somme d'argent*. L'obligation du débiteur de la lettre de change repose uniquement sur la promesse, le contrat constituant la lettre de change étant un contrat formel. Ce caractère de contrat formel attribué à la traite a été nettement mis en relief par Liebe, pour lequel la lettre de change est, dans le droit moderne, ce qu'était la *stipulatio* en droit romain : un moule juridique mis à la disposition des parties pour créer un droit de créance (25).

Cependant, quelles que soient les variantes apportées au système d'Einert, tous ces auteurs sont d'accord pour ad-

durch deren Hände der Wechsel bis zum letzten gediehen, zum Versprechen in nichts geändert, vermindert, oder geschwächt werden kann. »

(24) Einert, *op. cit.*, p. 13 : « ... Richtig ist also der Plan; aber seine Ausführung ward durch mancherlei Vorurtheile, durch Einseitigkeit der Beobachtung und durch einen gewissen Leichtsinne bei Benutzung der sich darbietenden Erscheinungen, wozu man insonderheit die Ueberschätzung des Formenwesens rechnen muss, vereitelt. Man muss bedenken, dass die Gelehrten, welche sich zu dieser Analyse anschickten, grösstentheils Juristen waren, welche in der Schule des römischen Civilrechts ihre Bildung erlangt hatten. »

(25) V. pour plus de détails : Potu, *op. cit.*, p. 23 et s; Adatto, *op. cit.*, p. 93 et s.

mettre — et c'est pour nous le point essentiel — que la lettre de change est détachée de sa cause et entièrement indépendante de tout rapport juridique antérieur. Ce principe a été mis en lumière d'une manière très nette par les jurisconsultes allemands. M. Cosack écrit en substance : « Naturellement, il y a, en règle générale, une dette réelle à la base de la lettre de change, et il arrive assez souvent que le créancier, lorsque s'établit la dette de change, s'engage à fournir une contre-prestation; c'est ainsi, par exemple, qu'un acheteur établit en faveur du vendeur, relativement au prix de marchandises qu'il lui a achetées, un titre de créance sous la forme d'une lettre de change, et que le vendeur s'engage, en retour, à lui livrer les marchandises avant même l'échéance de la lettre de change. Mais la lettre de change est entièrement distincte de la dette lui servant de fondement et, en particulier, des contre-prestations qui peuvent être imposées au créancier. Elle est indépendante et se suffit à elle-même. » (26). M. Meyer rappelle le même principe au début de son important ouvrage sur « Le change mondial » (27).

On voit qu'en définitive la lettre de change est considérée en droit allemand comme un acte abstrait. Saleilles, dans son *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, consacre à la question de la promesse abstraite d'importants développements. Nous en donnons ci-après un extrait résumant la question :

(26) Cosack, *Traité de Droit commercial*, traduction Mis, p. 9.

(27) Meyer, *Die geltenden Wechselrechte in vergleichender Darstellung*, p. 1 : « Das deutsche Gesetz will den Wechsel von seinem Grundgeschäft loslösen, ihn zu einer abstrakten Skripturobligation erheben, den Verkehr durch eine strenge Form sichern, ohne jedoch den Unredlichen zu schützen, der sich beim Erwerb des Rechtes eines Zwiespalts zwischen der Schrift und der wahren Sachlage bewusst war oder bei Anwendung gehöriger Sorgfalt hätte bewusst sein müssen. »

« *Promesse abstraite.* — Nous touchons ici à la grosse question de savoir si l'on devait admettre en droit moderne la validité du contrat unilatéral dégagé de sa cause juridique, conclu sous la forme d'une promesse donnée sans indication du pourquoi l'on s'engage ni du but juridique immédiat en vue duquel on la prend. Cette promesse abstraite sera-t-elle valable en cette forme, ou bien sera-t-elle nulle ? Nulle, non pas en ce sens que l'absence de cause indiquée suffise à la faire annuler, mais nulle en ce sens que la promesse abstraite à elle seule ne suffirait pas à obliger celui qui l'a prise si la cause qui l'explique et la caractérise, au point de vue juridique, ne peut être préalablement prouvée. La déclarer valable comme telle, ce serait, au contraire, admettre que la volonté de s'obliger est suffisamment manifestée par l'engagement pur et simple du débiteur et que, sur ce seul fondement, le créancier peut le poursuivre sans avoir à prouver la cause juridique de sa promesse... C'est surtout en matière commerciale que l'application des théories nouvelles sur la promesse abstraite gagnait du terrain et devenait incontestée; en matière de lettres de change, tout le monde était d'accord, et, sur ce terrain, adversaires et partisans de la promesse abstraite se trouvaient unis puisque, de l'aveu de tous, il y a là un contrat formel et que les romanistes les plus rigoureux acceptaient les effets de l'ancienne stipulation en matière de contrats solennels... Vint le Code de commerce, qui consacra formellement en matière de change et d'assignation les idées déjà acceptées sur ce point par la doctrine en ce qui touche la promesse abstraite. »⁽²⁸⁾.

Une tentative intéressante a été faite récemment par

(28) Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, p. 275, 276 et 282.

M. Osias, dans sa thèse de doctorat : *L'acte abstrait en droit comparé* ⁽²⁹⁾, pour réaliser une mise au point de la théorie de l'acte abstrait, à l'aide d'une analyse juridique des plus consciencieuses.

Selon M. Osias, l'acte abstrait « est une création artificielle de la technique juridique s'analysant dans une modalité, qui, en vertu d'un texte positif ou de l'autonomie de la volonté, lie le consentement des parties; sans prendre en considération le but poursuivi par elles, et engendre des résultats juridiques plus ou moins reliés à sa cause » ⁽³⁰⁾.

Il en résulte que l'acte abstrait ne rejette pas l'idée de cause et que l'institution qui comporte abstraction de la cause doit être toujours envisagée comme la superposition de deux contrats. L'auteur développe cette idée dans les termes suivants : « En prenant comme exemple le transfert de propriété, on peut le considérer comme le résultat : 1° d'un acte générateur (vente, donation, etc.) résulté lui-même de l'échange des consentements; et 2° de la transmission proprement dite (le transfert matériel, réel).

» Chacun de ces deux actes est indépendant de l'autre, et le premier sert de cause au second. C'est cette séparation qui constitue le produit artificiel, forcé, voulu, de l'acte abstrait.

» Mais subjectivement il est difficile de distinguer entre le mode générateur et l'acte abstrait, avec lequel il se confond; on ne peut pas les séparer dans notre esprit.

» Une transmission sans acte générateur ne peut être que l'œuvre d'un fou ou le résultat d'une plaisanterie. Ainsi faut-il faire sa part à la fiction juridique.

» Même dans la pratique, la séparation n'est qu'artifi-

(29) Thèse Paris, 1924.

(30) *Op. cit.*, p. 21.

cielle; la cause, l'acte générateur, influe toujours sur l'acte abstrait... L'acte générateur constitue l'acte fondamental; l'acte abstrait, le *modus* qui fait produire certains effets à l'acte fondamental, est l'acte auxiliaire. »⁽³¹⁾.

On voit donc que l'obligation abstraite n'est pas une obligation sans cause, car — M. Osias insiste sur ce point — la cause paraît être un élément *sine qua non* de l'obligation⁽³²⁾.

Les Allemands, qui regardent la théorie de l'acte abstrait comme un pur produit de l'esprit allemand et qui l'accueillirent avec enthousiasme⁽³³⁾, modifient sensiblement leur attitude, et, « si le Code civil allemand ne parle pas de la cause comme élément du contrat, cette dernière n'a jamais joué un rôle plus grand dans la vie juridique allemande qu'elle n'en joue en ce moment⁽³⁴⁾ ».

L'auteur conclut que l'acte abstrait doit être considéré comme le résultat d'une modalité — *l'abstraction* — adjointe à un acte juridique. Il indique, par contre, qu'on ne saurait créer des institutions juridiques reposant uniquement sur *l'abstraction*. La preuve en est fournie par l'assimilation allemande (*Anweisung*), qui n'existe que dans le Code et que le public n'emploie jamais⁽³⁵⁾.

Cet essai d'interprétation rationnelle de l'acte abstrait ayant été exposé, il convient d'indiquer que l'acte abstrait, soit considéré en lui-même, soit considéré comme fonde-

(31) *Op. cit.*, p. 35 et 36.

(32) *Eod. loc.*, p. 214.

(33) Neubecker écrivait, en 1903 : « C'est à nous, les Allemands, le peuple de la raison pure, de l'impératif catégorique, qu'était réservé l'honneur de créer, dans le monde moderne, le contrat obligatoire abstrait, le contrat pur, le contrat catégorique : *promisisti solve !* » (*Der Abstrakte Vertrag-Archiv für Bürgerliches Recht*, t. XXII, p. 34.)

(34) Osias, *op. cit.*, p. 215.

(35) *Eod. loc.*, p. 216.

ment de la lettre de change, a soulevé de vives critiques.

Observons tout d'abord que, loin de constituer un progrès, la théorie de l'acte abstrait apparaît, au contraire, comme un retour aux âges reculés où le formalisme régnait en maître.

S'il est vrai, en effet, que le Droit romain a largement usé de l'abstraction dans ses institutions juridiques, précisément à cause du formalisme rigoureux qui les entourait, il faut aussi reconnaître que les conséquences iniques qui résultaient parfois d'un pareil système ont amené une transformation. Soucieux d'une meilleure justice, les magistrats ont précisément lutté contre les conséquences excessives de l'abstraction et ont accordé au juge, par le système des exceptions, un droit de regard sur les circonstances de fait qui avaient accompagné ou déterminé la conclusion de l'acte juridique. L'exception de dol, notamment, par sa généralisation, permit au juge de s'évader du cadre rigide où il était emprisonné et de prendre contact avec la vie pratique.

Puis, peu à peu, l'idée de *cause* s'est introduite dans les mœurs juridiques romaines. La stipulation, qui au début était toujours abstraite, devint causée lorsqu'elle était faite *donationis causa*, ou *dotis causa*, ou encore dans le cas de donation entre époux. La stipulation perdit de même son caractère abstrait quand elle intervint *novationis causa*. Sous Caracalla, l'acte abstrait disparaît par l'admission de la *querela non numeratae pecuniae*, qui permet au débiteur d'exciper toujours de la cause de la *cautio*. Enfin Justinien condamne définitivement l'acte abstrait en le déclarant « *satis absurdum et tam nostris temporibus quam iustis legibus contrarium* » (36).

(36) Code Just., IV, 18. *De Constituta pecunia*, L. 2.

Assimiler la lettre de change à un acte abstrait, c'est l'assimiler à la *stipulatio* romaine primitive et méconnaître l'évolution que nous venons de retracer (37).

M. Thaller, dans un article sur « La nature juridique du titre de crédit », adresse, en un style alerte et imagé, de cinglants reproches au système allemand : Tout d'abord, l'acte abstrait est un « anachronisme », car le contrat formel est une survivance religieuse, un « acte liturgique », et les hommes, aujourd'hui, ne séparent plus leurs actes de leur cause (38). De plus, la théorie de l'acte unilatéral est illogique, car « la conception d'un débiteur sans créancier est presque un phénomène de « tératologie », une mons-

(37) Cug, *Institutions juridiques des Romains*, 1928, p. 867 : « ... Pour donner à l'équité une satisfaction plus complète, la jurisprudence n'a pas jugé suffisantes les exceptions proposées dans l'Edit ou accordées par le préteur suivant les circonstances : ces exceptions avaient l'inconvénient de restreindre les pouvoirs du juge, qui ne pouvait tenir compte que de certains faits déterminés. Au lieu de créer de nouvelles exceptions, il a paru préférable de simplifier la tâche du magistrat en généralisant l'application de l'exception de dol. Cette exception peut être invoquée toutes les fois que l'action est exercée à tort, alors même qu'on ne pourrait reprocher au demandeur aucune des manœuvres constitutives du dol. Cette idée apparaît dans quelques cas particuliers dès le temps d'Auguste, mais elle n'a été formulée d'une manière générale qu'au III^e siècle. »

Cpr. Girard, *Manuel de Droit romain*, 8^e éd., revue par Sehn, 1929, p. 1096; Accarias, *Précis de droit romain*, 4^e éd., t. II, p. 1072; V. aussi Osias, *op. cit.*, p. 77 et s.

(38) Thaller, *Nature juridique du titre de crédit* (*Annales de Droit commercial*, 1906, p. 19) : « ... On veut faire revivre parmi nous des temps disparus : le raccord que l'on tente avec un droit romain, qui n'est même plus celui de la dernière époque, en est la preuve évidente. Le contrat formel est une survivance religieuse, un « acte liturgique ». Les parties font une adjuration à la divinité de sanctionner leur accord en appelant sur elles sa vindicte si elles ne s'exécutent pas... Transportées en droit moderne, ces idées sonnent tout à fait faux. La législation s'est rationalisée, les contrats d'équité ont dû seuls demeurer debout. Les hommes ne séparent plus leurs actes du pourquoi qui les détermine. Il n'y a pas de motif pour affranchir une convention quelconque des règles de la bonne foi. Le *scripsi quia scripsi* n'est pas une réponse aux problèmes d'interprétation que soulève un acte. On se plaque des ceillères sur les tempes, on rétrécit son horizon, les dessous de l'opération, si nécessaires pour en

triosité...Il n'y a pas d'obligation concevable envers un titre ni envers soi-même. L'obligation est une force passive de contrainte, une diminution de notre liberté. Il est indispensable que cette diminution de notre personne accroisse d'une quantité égale la personne et le pouvoir agissant d'un autre ». Cette théorie est, en outre, *contradictoire* : « A peine a-t-on affirmé que la personne est tenue, par le fait de sa seule volonté, qu'on est amené à se désavouer, à se démentir. J'ai créé une lettre de change, je la déchire. En la supprimant, je me délie. Maître de faire naître à moi seul l'engagement, je suis maître aussi de le supprimer au moyen d'un acte contraire au premier. Qu'est-ce donc qu'un engagement qui ne lie pas, qui permet à l'obligé de se délier à sa fantaisie ?... »

Ce n'est pas tout : l'acte unilatéral ne résout pas toutes les difficultés. Supposons, en effet, une lettre de change souscrite à titre de règlement d'un prix de vente. « Que devient, à partir de la négociation, la dette du prix, l'obligation concrète issue du contrat que la lettre de change a eu pour but de liquider ? Subsiste-t-elle ou est-elle éteinte ? Est-elle novée ou ne l'est-elle point ? La lettre de change l'a-t-elle absorbée ou la laisse-t-elle vivre à côté d'elle... La lettre de change une fois prescrite, le porteur peut-il encore ressaisir la créance primitive qui est soumise à une prescription de trente ans, alors que la prescription de change est de cinq années seulement ? » La solution fran-

comprendre la portée et les effets, cessent de se voir. Notamment, dans le change, les parties se transforment en autant de numéros matricules que l'on classe suivant un rang convenu, le tiré en tête, les tireurs et endosseurs dans leur ordre chronologique renversé, avec tout pouvoir d'ignorer l'affaire intervenue entre elles. On croit se rapprocher de la vie des faits, on s'en éloigne. On croit galvaniser le droit par cette méthode, elle le glace bien au contraire. »

çaise qui lie la dette primitive à la traite, et qui paraît la meilleure, ne paraît pas conciliable avec le système allemand (39).

Enfin il existe une contradiction formelle dans l'application de la théorie de l'acte abstrait à la législation cambiaire.

Si la lettre de change est réellement détachée de toute opération extérieure, ce détachement doit être total et se produire même à l'égard des relations personnelles entre le débiteur et le porteur. On doit en conclure que le débiteur ne peut invoquer que les exceptions et moyens de défense résultant du titre lui-même, et non ceux qui peuvent résulter des rapports entre lui et le porteur. Mais la solution adoptée par la loi allemande est tout opposée : l'article 82 de la *Wechselordnung* décide, en effet, qu'« en matière de lettre de change un débiteur ne peut opposer que les exceptions fondées soit sur le droit de change lui-même, soit sur ses rapports personnels avec le porteur qui le poursuit » (40). Il faut en déduire que « la théorie de la dette abstraite ne fonctionne que vis-à-vis du porteur *médiate*; vis-à-vis du porteur *immédiate*, elle cesse de fonctionner; pour employer les expressions de Thaller, le contrat abstrait se retransforme en contrat d'équité » (41).

La théorie de l'acte abstrait étant précisée, ainsi que les critiques auxquelles elle a donné lieu, nous devons examiner la part qui lui est faite dans la conception allemande de la lettre de change.

On pourrait croire, à s'en tenir à un examen superfi-

(39) Thaller, *op. cit.*, p. 41, 42, 43.

(40) *Code de commerce allemand et loi allemande sur le change*, traduits et annotés par Gide, Lyon-Caen, Flach et Dietz, p. 422.

(41) Bourcart, *Les répercussions de la loi du 8 février 1922* (*Annales de Droit commercial*, 1925, p. 192).

ciel qu'en Allemagne la lettre de change est un acte abstrait, entièrement séparé de toutes les opérations juridiques qui ont pu intervenir avant sa création. Logiquement donc, la question de la provision ne doit pas se poser : elle n'intéresse personne puisque la traite se suffit à elle-même et puise en elle-même le principe de son existence.

Ce serait commettre une erreur que d'adopter ce point de vue : la provision, en effet, n'est pas restée en dehors des préoccupations des jurisconsultes allemands; la question de la propriété de la provision a même fait l'objet de nombreuses discussions, et la loi du change elle-même, malgré son souci visible d'ignorer officiellement la provision, attache certains effets à son existence.

Les auteurs allemands se sont occupés de la provision; il suffit de consulter un traité de Droit commercial ou un ouvrage sur la lettre de change pour constater l'existence de développements plus ou moins complets sur la provision ou *couverture* (Deckung) comme l'appellent les Allemands. Grünhut, Kohler, Ladenburg, Canstein, Cosack, pour ne citer que quelques auteurs, ont écrit sur la provision dans des termes qui pourraient figurer dans un ouvrage de doctrine français ⁽⁴²⁾.

On constate, de plus, que la question de la propriété de la provision s'est posée en Allemagne et a été résolue diversement par les auteurs. La plupart décident qu'en cas de faillite du tireur, le tiré accepteur peut conserver la provision, qui échappe ainsi à la masse des créanciers. Si la lettre de change n'a pas été acceptée, on décide générale-

(42) Grünhut, *Wechselrecht*; Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*; Ladenburg, *Internationales Wechselrecht* (*Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1883, t. VII); Canstein, *Wechselrecht*; Cosack, *op. cit.*, p. 100, 101, 102.

ment que le porteur n'a aucun droit exclusif sur la provision qui doit être attribuée à la masse.

Quelques auteurs soutiennent cependant que la provision doit être attribuée au porteur en cas de faillite du tireur survenue avant l'échéance. Parmi eux, M. Ladenburg construit plusieurs systèmes ingénieux pour concilier cette solution, purement française, avec la conception allemande de la lettre de change ⁽⁴³⁾.

Enfin la loi du change elle-même reconnaît implicitement l'existence de la provision. L'article 83 de la *Wechselordnung* indique, en effet : « Quand le tireur ou l'accepteur a cessé d'être obligé par droit de change, soit par prescription, soit par suite de l'omission des formalités exigées par la loi pour la conservation de la créance, le porteur ne peut agir contre le tireur ou l'accepteur que dans la mesure où ils s'enrichiraient à ses dépens. Cette action n'est point donnée contre les endosseurs, qui ont cessé d'être tenus en vertu de la lettre de change. » ⁽⁴⁴⁾. Or, d'où pourrait provenir l'enrichissement dont bénéficieraient injustement le tireur ou l'accepteur, sinon de la provision ? Le tireur ne peut s'enrichir que s'il n'a pas fait provision, tout en ayant reçu la valeur fournie, et le tiré en conservant la provision qu'il avait reçue du tireur pour régler la lettre de change qui n'a pas été payée. On voit donc que, d'une manière détournée, la provision apparaît dans le droit du change allemand, grâce à l'action d'enrichissement (*Be-reicherungsklage*) accordée au porteur dans certaines circonstances. Comme le reconnaissent loyalement certains auteurs « tout procède de la question de la provision » ⁽⁴⁵⁾.

(43) V. Adatto, *De la propriété de la provision en matière de lettre de change*, p. 107 à 113.

(44) *Code de commerce allemand et loi allemande sur le change*, préc., p. 422.

(45) Meyer, *Die geltenden Wechselrechte in vergleichender Darstellung*,

Nous pouvons maintenant apprécier la situation exacte de la provision dans la conception allemande de la lettre de change.

On ne peut pas dire que le droit allemand « ignore » la provision : les indications que nous venons de donner démontrent le contraire. Si la lettre de change était véritablement et complètement un acte abstrait, la provision resterait en dehors des préoccupations de tous, les auteurs n'en parleraient point et la loi sur le change elle-même n'en admettrait point l'existence. Puisqu'il en est autrement, c'est, ou bien que l'acte abstrait est une construction plus théorique que pratique, démentie par les faits, ou bien que la conception allemande de la lettre de change s'éloigne notablement de celle de l'acte abstrait.

Sans prendre parti pour ou contre la théorie de l'acte abstrait, qui a donné lieu à de multiples et savantes discussions, nous nous bornons à tirer de l'étude objective de la lettre de change en droit allemand la conclusion suivante : la question de la provision reste en dehors du domaine du droit du change, mais se retrouve dans le domaine du droit commun. Séparation de la provision des règles qui régissent la lettre de change, telle est la caractéristique de la législation cambiaire allemande.

C'est là le point qui marque nettement la différence avec la conception française de la lettre de change, où la provision est l'objet de la sollicitude du législateur.

La conception allemande de la lettre de change a été adoptée par de nombreux pays, soit d'une manière complète, soit avec quelques variantes.

Nous citerons, en premier lieu, le Code de commerce

p. 163 : « Ueberall Kommt es also auf die Deckungsfrage hinaus. » — V. aussi Grünhut, *op. cit.*, t. II, p. 559 et s.

italien de 1882, qui, modifiant l'ancien, inspiré de la conception française de la lettre de change, a adopté le système allemand et supprimé toutes les dispositions se référant à la provision. Ce changement de point de vue est clairement précisé dans le discours prononcé par le ministre des Affaires étrangères sur l'application du nouveau Code de commerce, où il est dit : « Du moment où le nouveau système de change inséré dans le projet est l'opposé du système français, l'obligation de change est devenue obligation de *forme*, dépendant de l'existence et de la forme de la lettre de change. » (46).

Comme en Allemagne, les auteurs italiens considèrent que « la lettre de change est un titre qui contient en lui-même toute la raison de son existence juridique propre et qui tire exclusivement de lui-même toute sa propre efficacité juridique; elle est comme elle se présente et vaut seulement parce qu'elle a une apparence extérieure. Titre de crédit public, elle doit contenir en elle-même et d'une manière visible pour tous, tous les éléments de ce crédit... » (47).

M. Vivante déclare que les lettres de change sont séparées de leur rapport fondamental et qu'elles constituent de véritables obligations abstraites, la loi elle-même paraissant leur reconnaître formellement ce caractère en indiquant qu'il n'est pas nécessaire que la lettre de change mentionne sa cause (48).

(46) *Code de commerce du royaume d'Italie*, traduit par H. Marcy, p. 29.

(47) Vidari, *La lettera di cambio*, n° 212 : « La lettera di cambio è un documento che tutta in sè contiene la ragione della propria giuridica esistenza, e che da sè esclusivamente ritrae ogni propria efficacia giuridica; essa è come appare, e vale soltanto per ciò che da essa appare Titolo di pubblica fiducia, tutti deve in sè contenere ed in modo a tutti visibile gli elementi di codesta fiducia. »

(48) Vivante, *Traité de Droit commercial*, trad. Escarra, t. III, p. 181 : « Entre tous les titres qui sont régis par le Code de commerce, je ne

Comme en droit allemand, la provision reste en dehors du droit du change; les rapports qu'elle engendre sont « de nature purement civile » (49). La question de la provision fait cependant l'objet d'un examen attentif de la part des jurisconsultes. Ils décident que le tireur peut retirer la provision des mains du tiré tant qu'il n'a pas accepté la lettre de change, que l'accepteur a le droit de conserver la provision pour le paiement en refusant de la rendre au tireur qui voudrait la reprendre, enfin que le porteur n'a aucun droit direct sur la provision (50).

connais que les lettres de change comme titres de crédit abstraits du rapport fondamental. Le législateur a cru nécessaire d'affranchir leur régime de cette influence pour régir toutes les lettres de change par une même loi, pour en faire un instrument général de crédit, pour enlever aux exceptions nées de l'opération la possibilité d'en arrêter la force exécutoire. Ce caractère d'obligations abstraites est reconnu par la loi à toutes les obligations cambiales. On trouve déjà un premier indice de ce fait — exprimé dans une formule peu frappante — dans l'article 231, où on lit : « Il n'est pas nécessaire que la lettre de change mentionne sa cause ». — Page 199 : « Dans tous ces cas, le fondement de l'obligation est le même : la déclaration unilatérale de volonté faite sur le titre de crédit. »

(49) Vidari, *op. cit.*, p. 204 : « ... La provvista dei fondi non appare dalla lettera di cambio..., Dunque, tutto ciò che ad essa si riferisce non può essere disciplinato dalla legislazione cambiaria, perchè eccede la sua competenza. Destinata a reggere i rapporti giuridici che possono svilupparsi da una obbligazione per lettera di cambio, la legislazione cambiaria non deve occuparsi di rapporti che sieno di natura puramente civile. »

(50) Ces diverses questions étaient expressément tranchées par l'ancien Code de commerce italien (art. 204). Cf. Vidari, *op. cit.*, p. 206 et 216; Pietraru, *op. cit.*, p. 208 et s. — M. La Lumia, dans un article sur *La traite non acceptable avec affectation spéciale de la provision*, indique, dans les termes suivants, les difficultés que lui paraît soulever le droit du porteur sur la provision : « E un concetto che in Francia è stato imposto più che altro da una giurisprudenza costante (e ciò spiega il compimento del Perceur di fronte all' iniziativa austriaca), ma che, come l'altro della necessità della provvista per l'esistenza della tratta, solleva dei dubbi nella stessa dottrina francese e non trova alcuna base nella realtà. Il diritto del traente sulla provvista non è che un diritto di credito extracambiario, e quindi mal si concepisce che questo possa utilizzarsi in una clausola cambiaria e che il traente possa costituirsi un diritto reale a favore di altri. Se mai potrebbe parlarsi di una cessione di credito:

On retrouve dans le droit italien l'action d'enrichissement admise en droit allemand. L'article 325 du Code de commerce décide, en effet, que : « Nonobstant la déchéance de l'action de change, le tireur restera obligé envers le possesseur du billet à ordre ⁽³¹⁾ pour la somme qui proviendrait d'une autre manière d'un profit indu au préjudice du même possesseur. » Pour que cette action puisse être exercée, il faut :

1° Que le demandeur ait été en possession légitime de la traite quand il a été frappé par la déchéance ;

2° Que la lettre de change contienne une obligation cambiale du tireur valable ;

3° Que le demandeur ait subi un préjudice et notamment qu'il ne puisse plus exercer utilement l'action principale contre l'accepteur solvable ;

4° Que le tireur ait trouvé un bénéfice indu dans l'émission de la lettre de change. Le possesseur devra prouver que le tireur a reçu la valeur du preneur sans faire la provision ou qu'il a repris la provision après l'avoir donnée. La différence entre ce qu'a touché le tireur et ce qu'il a payé constitue l'enrichissement ⁽³²⁾.

Pour bien établir que cette action d'enrichissement, dont le principe est inscrit dans le Code de commerce, n'a pas pour résultat de faire apparaître la provision dans le droit du change, M. Vivante s'efforce de démontrer que

e non sembra che il vincolo sarebbe allora efficace. Comunque, dovrebbe volta per volta, all'istante dell'istante dell'emissione della cambiale, accertarsi se nella fattispecie abbia esistenza reale una provvista; e l'indagine non è molto facile, nè molto consentanea alla natura astratta del negozio cambiario. » (La Lumia, *La tratta non accettabile con vincolo speciale della provvista*. [Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, Milano,, 1914, I, p. 78].)

(31) La dénomination de « billet à ordre » s'applique dans le Code de commerce italien aux lettres de change.

(32) Vivante, *Traité de droit commercial*, préc., t. III, p. 630 et s.

cette action n'est pas de nature cambiaire, mais de caractère civil ou commercial suivant la nature de l'opération qui a procuré au défendeur le bénéfice indu (53).

Malgré cette séparation complète que l'on tend à établir entre la lettre de change et la provision, on est obligé de reconnaître que le rôle de la provision est loin d'être négligeable, et que si le droit du change affecte de l'ignorer, elle n'en constitue pas moins la base réelle de la lettre de change. Ce point de vue qui se fait jour dans l'ouvrage même de M. Vivante est intéressant à signaler, car il permet de constater que la théorie allemande de l'acte abstrait s'atténue obligatoirement dans la pratique commerciale, de l'aveu de ceux-là mêmes qui en sont les partisans convaincus (54).

Le Code de commerce italien de 1882 n'est plus en vigueur pour longtemps. Le développement de la vie économique et les progrès accomplis dans tous les domaines depuis le début du siècle n'ont pas tardé à faire apparaître les défauts de ce Code, pourtant rajeuni. Depuis plusieurs

(53) Vivante, *op. cit.*, p. 621: « ... L'action d'enrichissement n'est pas une action de nature cambiaire, parce qu'elle naît après que l'action de change est déchue (art. 326). Cette déclaration démontre que la loi, suivant la logique de l'institution cambiaire, empêche que l'action d'enrichissement soit de nature cambiaire. » V. aussi développements, p. 622 à 629.

Page 629: « ... Les graves conséquences attribuées à l'exercice de l'action de change contre le débiteur... justifient la répugnance de la doctrine italienne à considérer l'action d'enrichissement comme une action de change. L'opinion que je combats a été justement répudiée par la jurisprudence la plus autorisée. Cette opinion doit être considérée comme un débris de la théorie qui attribuait le caractère cambiaire aux institutions de la *valeur* et de la *provision*. En les dépouillant de ce caractère cambiaire, la loi l'a enlevé aussi implicitement à l'action d'enrichissement, qui se rattache à ces institutions parce qu'elle suppose que le tireur jouisse de la valeur sans faire la provision. » V. aussi p. 633.

(54) Vivante, *op. cit.*, p. 278, et arguments fournis par Potu: *La lettre de change, unification du droit relatif à la lettre de change*, p. 89 et s.

années, sa revision est à l'étude, et sans doute, dans quelques mois, l'Italie sera dotée d'un nouveau Code de commerce, en même temps que d'un nouveau Code civil et de procédure civile.

La partie relative aux effets de commerce n'a donné lieu qu'à de brèves observations au cours des travaux préparatoires du projet de Code de commerce. La Chambre des députés a constaté que la partie du Code relative à la lettre de change est celle qui a le moins besoin de retouches et que pour celles qui paraissent nécessaires il n'y a qu'à prendre pour guide le projet de loi uniforme sur le change élaboré à La Haye en 1912 ⁽³⁵⁾.

Cette orientation du législateur italien, favorable à l'unification internationale du droit cambiaire, se comprend d'autant mieux que la conception de la lettre de change est la même dans le Code italien et dans le projet de loi uniforme élaboré à La Haye. M. Cesare Vivante a défini d'ailleurs dans un style heureusement imagé cette tendance vers une législation unique, lorsqu'il écrit : « Toute réforme

(35) Ministero della Giustizia, e degli affari di culto — Delega al Governo per emendamenti al Codice civile e per la pubblicazione dei nuovi codici di procedura civile, di commercio e per la marina mercantile. Lavori preparatori. Roma, 1925. Parte I. Atti parlamentari. Legislatura XXVI, Camera dei deputati. Relazione illustrativa al disegno di legge, p. 28 : « Anche tutta la materia dei titoli di credito reclama un più organico assetto. Per quel che più specialmente riguarda la cambiale, è anzitutto da esaminare se e in quanta parte siano da accettare i risultati della conferenza internazionale tenuta all' Aja per l'unificazione del diritto cambiario. »

Relazione della Sottocommissione III. Sulla Riforma del codice di Commercio. Criteri generali della riforma. Disposizioni dei libri I e IV del codice di commercio. Della cambiale (p. 338) : « La parte della cambiale è quella che meno ha bisogno di revisione, avendo già il codice vigente innovato radicalmente in proposito, ripudiando sull' esempio della celebre legge cambiaria tedesca, il concetto della cambiale quale espressione del contratto di cambio traiettizio. Tuttavia alcuni ritocchi appaiono necessari, col prendere a guida la legge cambiaria uniforme approvata dalla Conferenza dell' Aja del 1912. »

législative d'un peuple contribué à la revision des autres codes et tous s'orientent vers l'idéal d'un droit commun qui dans son uniformité essentielle manifeste les caractères profonds et constants du commerce mondial. Chaque revision du droit du commerce est pénétrée d'une ondée de droit étranger, marquant ainsi un progrès plus ou moins sensible vers un droit uniforme. » (36).

Le projet de nouveau Code de commerce italien ne contient aucune disposition relative à la provision, ni aucune disposition concernant l'action d'enrichissement, réglementée comme on l'a vu par l'article 325 du Code actuel.

Parmi les autres pays qui ont adopté la conception allemande de la lettre de change, certains ont laissé en dehors de leur législation cambiaire tout ce qui peut se rapporter à la provision, même l'action d'enrichissement, dont le principe ne se trouve seulement pas indiqué. Tels sont, par exemple, le Japon, le Portugal, la Turquie, le Venezuela.

D'autres, au contraire, conformément au droit allemand et au droit italien actuel, indiquent dans une disposition formelle au moins le principe de l'action d'enrichissement. Tels sont : l'Autriche, le Brésil, la Bulgarie, la Finlande, la Pologne, la Roumanie, la Scandinavie, la Suisse, la Tchécoslovaquie et la Yougoslavie (37).

(36) Cesare Vivante, *L'autonomie du droit du commerce et les projets de réforme* (Annales de Droit commercial, 1923, p. 263).

(37) AUTRICHE. — Ordonnance sur le change de 1850 (*Lois commerciales de l'Univers*, t. XXXII, p. 260). Art. 83 : « Lorsque l'obligation, qui résulte du droit du change pour le tireur ou l'accepteur, est éteinte par prescription ou par omission des actes que prescrit la loi pour la conservation du droit du change, le tireur ou l'accepteur ne restent obligés vis-à-vis du porteur qu'autant qu'ils s'enrichiraient à ses dépens. »

BRÉSIL. — Nouvelle loi sur la lettre de change promulguée le 31 décembre 1908 par le décret 2044. V. Rodrigo Octavio, *La nouvelle loi brésilienne sur la lettre de change* (*Nouvelle Revue pratique de Droit international privé*, année 1910).

BULGARIE. — Code de commerce. Art. 619.

FINLANDE. — Loi du 29 mars 1858 (*Lois commerciales de l'Univers*,

Enfin, nous tenons à indiquer un système de protection adopté en Hongrie en faveur du porteur de lettre de change en dehors de l'action d'enrichissement dont le principe est posé dans l'article 90 de la loi XXVII de 1876 sur le change (38).

t. XXXVI, p. 178). Art. 93 : « Le porteur d'un effet qui, faute d'observer les dispositions de la présente loi, a perdu les droits spéciaux que lui conférait la lettre de change, peut, néanmoins, poursuivre le paiement de sa créance, comme s'il s'agissait d'une obligation ordinaire, contre le débiteur de la traite qui était de mauvaise foi ou qui, en cas de perte de la créance, aurait pu en profiter au préjudice du créancier. »

POLOGNE. — Loi sur le change du 14 novembre 1924 (*Annuaire de législation étrangère*, année 1924, p. 205). Art. 75 : « Le tireur et le tiré dont l'obligation s'est éteinte par suite de la prescription ou à défaut des mesures conservatoires, restent tenus envers le possesseur de la lettre de change, en tant qu'ils se sont enrichis injustement à son détriment. L'action provenant de l'enrichissement sans cause se prescrit par trois ans, à dater de l'extinction de l'obligation née de la lettre de change. »

ROUMANIE. — Code de commerce traduit par G. Blumenthal, art. 331.

SCANDINAVIE. — Loi du 7 mai 1880 commune au Danemark, à la Norvège et à la Suède (*Lois commerciales de l'Univers*, t. XXV, p. 26). Art. 93 : « Lorsque la créance résultant de la lettre de change est prescrite, ou le droit de change perdu faute d'avoir procédé à quelque acte nécessaire pour le conserver, le porteur n'en conserve pas moins le droit d'agir contre tout débiteur de la lettre de change, comme un créancier ordinaire, dans la mesure où celui-ci s'enrichirait à ses dépens s'il perdait sa créance. »

SUISSE. — Code civil et Code des obligations, art. 813. — « Les obligations dérivant de la lettre de change s'éteignent par la prescription ou par l'inobservation de l'une des formalités ou de l'un des délais auxquels la loi en a subordonné l'existence, encore que la prescription ou la déchéance résulte d'un événement de force majeure ou qu'aucune faute ne soit imputable au créancier. Néanmoins, l'accepteur et le tireur, même après avoir été libérés par suite de prescription ou de déchéance, restent obligés par les voies civiles ordinaires envers le porteur, jusqu'à concurrence du bénéfice qu'ils auraient fait à ses dépens. Une action en restitution de même nature peut être exercée, dans les mêmes limites, contre le tiré, contre le tiers au domicile duquel la lettre de change était payable et contre celui pour le compte de qui la lettre a été tirée. »

TCHÉCOSLOVAQUIE. — Paragraphe 89 de la loi du 13 décembre 1927 (*Revue des lois et décrets*, 1928, n° 1).

YOUgoslavIE. — Paragraphe 85 de la loi du 29 novembre 1928 (*J. off.* 19 déc. 1928, n° 295, XCIV, 463).

(38) HONGRIE. — Loi XXVII sur le change (*Lois commerciales de l'Univers*, t. XXXIII). Art. 106 : « Le porteur d'une lettre de change peut se payer, par droit de change sur les objets sur lesquels il a acquis un droit

Le droit hongrois reconnaît au porteur de lettre de change le droit de se payer sur les objets sur lesquels il a acquis un droit de gage par les moyens de droit commun lorsque le débiteur ne s'exécute pas. Le porteur conserve cette faculté malgré la faillite du débiteur. En outre, le porteur d'une lettre de change a un droit de rétention sur les sommes, objets mobiliers et valeurs du débiteur qui sont venus en sa possession régulière ou à sa disposition.

SECTION III

Groupe anglo-américain.

A la différence de la conception allemande de la lettre de change qui s'efforce de détacher le titre de sa cause, à la différence aussi de la conception française qui adopte la solution opposée, le groupe anglo-américain prend une position intermédiaire. Cette particularité trouve son expli-

de gage par les moyens de droit commun, lorsque le débiteur ne s'acquitte pas en temps voulu de son obligation. Il peut, dans ce but : 1^o employer au paiement les objets mobiliers, conformément aux prescriptions de la procédure de change; 2^o faire vendre à la Bourse, le jour de l'échéance, les valeurs ayant cours à la Bourse... Toutefois, il est obligé d'informer le débiteur, par écrit et dans les vingt-quatre heures, de l'accomplissement de ces actes...; 3^o il peut recouvrer des créances résultant de lettres de change ou d'autres créances, ou se les attribuer en paiement jusqu'à concurrence du montant de sa propre créance. Le porteur conserve ces droits, même quand le débiteur a été mis en faillite dans l'intervalle. Toutefois, dans ce cas, et s'il a obtenu pleine satisfaction, il doit faire tenir au débiteur ou à la masse de faillite, selon le cas, l'original de la lettre de change et le surplus éventuel. »

Art. 108 : « Le porteur d'une lettre de change a pour sa créance échue un droit de rétention sur les sommes, objets mobiliers et valeurs du débiteur, qui seraient venus régulièrement en sa possession effective ou à sa disposition. Toutefois, ce droit ne peut être exercé si les objets mentionnés ci-dessus viennent en la possession du créancier, avec une destination spéciale, fixée par le débiteur ou par un tiers, lors de la remise ou auparavant. Le porteur jouit aussi du droit de rétention relativement à sa créance non échue quand le débiteur est mis en faillite ou qu'une saisie pour dettes, tentée sur ses biens, n'a donné aucun résultat... »

Art. 109 : « Le droit de rétention peut être exercé par voie d'action judiciaire, et il a les mêmes effets que le droit de gage. »

cation dans l'Histoire : jusqu'à la fin du ^{xvii}^e siècle le droit du change anglais fut identique au droit français, mais tandis qu'en France l'Ordonnance de 1673 et plus tard le Code de commerce cristallisaient les usages en vigueur, le droit cambiaire anglais continuait à être régi par la coutume qui se modelait étroitement sur les nécessités de la pratique. Ce n'est qu'en 1882 que le *Bill of Exchange Act* fixa par écrit les coutumes et la jurisprudence en vigueur.

Les Etats-Unis, qui appliquaient le droit anglais, entrèrent à leur tour dans la voie de la codification sur l'initiative de l'*American Bar Association*. En 1897, fut adoptée à Saratoga la *Negotiable Instruments Law*, qui constitue la charte de la lettre de change.

Le *Bill of Exchange Act* et la *Negotiable Instruments Law* ne contiennent aucune théorie d'ensemble de la provision, bien que, cependant, on puisse trouver dans ces deux lois quelques dispositions qui s'y réfèrent.

Il convient d'indiquer tout d'abord que le droit anglo-américain se prononce nettement contre la théorie allemande de l'acte abstrait contenant en lui-même la raison suffisante de son existence. La lettre de change doit, en effet, avoir nécessairement une cause. Cette cause est appelée en droit anglais « cause de valeur » (*valuable consideration*) parce que « la bienfaisance n'est pas une cause suffisante et que les seules causes qui peuvent donner validité à un contrat sont celles qui ont un caractère onéreux » ⁽⁵⁹⁾. Elle peut être constituée, indique l'article 27 du *Bill of Exchange Act*, « par toute cause suffisante pour donner validité à un contrat simple » ou « par une dette ou obligation préexistantes » ⁽⁶⁰⁾. Toutefois, à la différence de ce

⁽⁵⁹⁾ Barclay et Dainville, *Les effets de commerce dans le droit anglais*, p. 31.

⁽⁶⁰⁾ En 1875, la Cour de l'Echiquier donna de la *consideration* une défi-

qui a lieu pour les contrats ordinaires, où la *consideration* doit apparaître dans le contrat, son existence est présumée en matière de lettre de change. Cette présomption peut être détruite, cependant, par la preuve contraire.

Par la traite, le tireur s'engage à procurer au porteur le paiement d'une certaine somme à une date déterminée (art. 3 *Bill of Exchange Act*). Il en résulte que pour assurer l'acceptation de la lettre de change et son paiement, le tireur sera obligé de faire provision entre les mains du tiré.

Quels sont les droits du porteur sur cette provision ?

L'article 53 indique expressément qu'« une lettre de change par elle-même ne vaut pas comme cession entre les mains du tiré des fonds propres à être appliqués au paiement de cette lettre, et le tiré qui n'accepte pas comme il est exigé par la présente loi n'est pas lié par cet écrit » (61).

On voit que, contrairement au système français, le porteur de lettre de change n'est investi, en principe, d'aucun droit sur la provision.

Toutefois, il ne faudrait pas accorder à ce principe une portée absolue : la loi y apporte elle-même quelques tempéraments, et la doctrine et la jurisprudence, par une interprétation favorable au porteur, en réduisent notablement le champ d'application.

L'article 97 de la loi sur le change, posant en principe que « les règles sur la faillite qui concernent les lettres de change... resteront en vigueur nonobstant toutes dispositions de la présente loi », permet au porteur de lettre de change de recueillir l'entier bénéfice de la provision dans

nition adoptée depuis comme classique : « Une *valuable consideration*, dans le sens de la loi, peut consister ou bien dans quelque droit, intérêt, profit ou bénéfice acquis par l'une des deux parties, ou bien dans quelque interdiction, moins-value, perte, ou responsabilité imposée, soufferte ou supportée par l'autre partie. » (Adatto, *op. cit.*, p. 122, n. 2).

(61) Cf. art. 127, *Negotiable Instruments Law*.

le cas de faillite du tireur et du tiré accepteur. Il est, en effet, admis dans cette hypothèse que lorsque l'accepteur détient en couverture de son acceptation des marchandises ou effets de commerce, le porteur de la lettre de change a droit au produit de la réalisation de ces marchandises ou de ces effets. Si ce produit ne représente pas le montant de la traite, il est admis pour le surplus comme créancier de la faillite ⁽⁶²⁾.

D'autre part, certains auteurs se sont efforcés de rechercher si la lettre de change ne pouvait pas réaliser une cession de la provision.

M. Williston estime que la lettre de change ne réalise pas une cession de la provision car elle est un instrument de crédit et « qu'il est de son essence même de ne pas être tirée payable avec des fonds déterminés » ⁽⁶³⁾. Toutefois, de nombreux arrêts décident que si le tireur donne ordre au tiré de payer au porteur tout ou partie de la créance qu'il a contre lui, cet ordre emporte cession de la provision au porteur.

Les tribunaux anglo-américains cherchent surtout à connaître l'intention des parties; s'il résulte des circonstances qu'elles ont voulu réaliser une cession de la provision, leur volonté sera respectée.

Lorsque la provision consiste dans des fonds déterminés, certains auteurs estiment que le porteur acquiert un droit exclusif sur cette provision par le seul fait de l'émission ou de l'endossement de la lettre de change ⁽⁶⁴⁾.

(62) Barclay et Dainville, *op. cit.*, p. 41 et 42

(63) Williston, *The law of contracts*, New-York, 1920, t. I, § 425, cité par Adatto, *De la propriété de la provision en matière de lettre de change*, p. 123.

(64) V. sur ces différents points : Adatto, *eod. loc.*, p. 124 et s., et les nombreuses décisions qu'il cite en notes.

En définitive, si la doctrine est divisée, la jurisprudence tend nettement à accorder au porteur de lettre de change un droit exclusif sur la provision lorsqu'il résulte des circonstances que le tireur a eu l'intention de transmettre la provision au porteur. On peut donc conclure, avec M. Adatto, que l'article 53 du *Bill of Exchange Act* et l'article 127 de la *Negotiable Instruments Law* « ont établi une simple présomption de non-transfert que les tribunaux écartent toutes les fois qu'ils considèrent les parties impliquées dans la lettre de change comme ayant entendu opérer le transfert de la provision » (65).

Signalons, enfin, que l'Ecosse bénéficie d'un régime spécial et qu'on y admet le transfert de la provision au porteur du jour de la présentation de la traite au tiré (66).

Nous avons examiné au cours de ce chapitre la position prise par divers pays au regard de la provision. Cet examen apparaît comme essentiel à une connaissance exacte du problème de l'attribution de la provision. Il permet de s'élever au-dessus de tel ou tel système particulier et d'acquérir l'indépendance nécessaire pour porter un jugement sur la question.

Il nous reste, en effet, pour terminer cette étude, à donner notre avis sur son objet même :

L'attribution de la provision au porteur doit-elle être approuvée ou combattue ? Tel est le dernier point qui va être discuté au cours de notre conclusion.

(65) Adatto, *op. cit.*, p. 127.

(66) *Bill of Exchange Act*, art. 53, § 2 : « En Ecosse, quand le tiré d'une lettre de change a entre ses mains des fonds propres à être appliqués au paiement, la lettre vaut cession de la somme pour laquelle on tire en faveur du détenteur, du jour où la lettre a été présentée au tiré. »

CONCLUSION

Les développements antérieurs, que nous nous sommes efforcé de rendre aussi complets et aussi clairs que possible, ont été écrits dans le but d'exposer tout le problème de la propriété de la provision en matière de lettre de change. Nous espérons n'avoir laissé dans l'ombre aucun aspect vraiment important du sujet qui a fait l'objet des préoccupations de tant d'esprits avertis.

C'est maintenant un avis que nous devons formuler en terminant; il consistera dans la réponse à cette question : L'attribution de la provision au porteur est-elle une mesure qui doit être approuvée ?

En dehors de toutes les considérations qui peuvent être présentées, il en est qui seraient d'un grand poids s'il était possible d'en faire état : nous voulons parler des statistiques. Le meilleur moyen d'apprécier l'utilité pratique de l'attribution de la provision au porteur serait évidemment de connaître la proportion entre les traites en circulation et les traites demeurées en souffrance et payées en monnaie de dividende avant et après l'application du principe de l'attribution de la provision au porteur. Mais cet élément d'appréciation fait défaut pour deux raisons : la première, c'est qu'il n'existe pas à notre connaissance de semblables statistiques; la seconde, c'est que les statistiques ne donneraient pas de renseignements précis, car, bien longtemps

avant la loi du 8 février 1922, la jurisprudence admettait l'attribution de la provision au porteur.

Puisqu'il n'est pas possible de « chiffrer » en quelque sorte notre problème, nous ne pouvons, tout en le regrettant qu'examiner les arguments qui peuvent être produits dans les deux sens.

I. — Contre l'attribution de la provision au porteur, on peut alléguer diverses raisons. On peut soutenir tout d'abord que cette attribution ne présente un intérêt pratique que dans des situations relativement peu nombreuses, car le fait de se trouver en présence d'une traite non acceptée lorsque survient la faillite du tireur est somme toute assez rare en considération de la quantité considérable d'effets de commerce qui circulent. De plus, le porteur d'une semblable traite mérite-t-il toute la sollicitude du législateur ? Dans la plupart des cas, si la traite n'a pas été acceptée par le tiré lorsque survient la faillite du tireur, c'est parce que le porteur ne l'aura pas présentée à l'acceptation aussitôt qu'il l'aura eue en sa possession : il y aura là une négligence de sa part et on sait que la loi n'hésite pas, dans certaines circonstances, à frapper de déchéance le porteur négligent. Si maintenant la lettre de change a été présentée à l'acceptation et que le tiré ait refusé de l'accepter, le porteur était alors entièrement libre de s'assurer les garanties prévues par la loi. S'il ne l'a pas fait, tant pis pour lui : *Vigilantibus jura subveniunt*.

Au surplus, cette attribution de la provision ne parvient pas toujours à assurer le paiement intégral de la lettre de change au porteur. Il ne faut pas oublier, en effet, que l'existence de la provision n'est pas une condition essentielle de validité des lettres de change. Il existe, il peut

toujours exister des traites sans provision et pour celles-ci au moins la garantie du porteur se trouve sans objet.

D'autre part, même si la provision existe, il est possible, dans le cas de faillite du tireur et du tiré, que le porteur ne reçoive pas intégralement son paiement et soit obligé de se contenter d'un dividende.

Enfin, on n'a pas manqué d'invoquer contre le droit du porteur sur la provision, le fonctionnement pratique de la lettre de change. L'existence de la provision n'est, en effet, nullement révélée par la traite; rien ne distingue matériellement une traite pour laquelle existe une provision d'une traite sans provision, la provision pouvant d'ailleurs n'exister qu'à l'échéance. Il en résulte que les banquiers ou les commerçants qui acceptent à l'escompte ou en paiement des lettres de change ne prennent pas en considération la provision, mais bien les signatures qui figurent sur la traite (1). C'est la qualité de ces signatures qui décide de la valeur de l'effet, ce sont elles seules qui ont une importance pratique.

Et la preuve — pourrait-on ajouter — qu'il en est ainsi, c'est que notre premier établissement de crédit, la Banque de France, exige l'existence de trois signatures sur les lettres de change qui lui sont présentées.

II. — A ces considérations, tendant à démontrer l'inutilité de l'attribution de la provision au porteur, vient se joindre un autre ordre d'arguments qui s'attaque à la provision elle-même.

La théorie de la provision n'est-elle pas une source de

(1) Les banquiers anglais ne font, paraît-il, aucune distinction entre les lettres payables en Angleterre et en Ecosse, bien que ces dernières comportent cession de la provision au porteur.

difficultés inextricables ? Combien de jurisconsultes éminents ont essayé en vain de la rendre claire et cohérente ? Si son existence pouvait encore se justifier à une époque où la lettre de change n'était qu'un moyen d'exécution du contrat de change, il n'en est plus de même aujourd'hui où la traite remplit le rôle d'instrument de paiement et de crédit. La théorie de la provision, vieillie et inutile, doit disparaître comme un vestige d'un autre âge... C'est à la théorie germanique de l'acte abstrait qu'il faut se rallier; nette et avant tout pratique, elle représente la conception moderne de la lettre de change.

Débarrassée de tout ce qui peut compliquer son mécanisme, entraver sa libre diffusion, la lettre de change considérée comme un acte abstrait, portant en lui-même la raison de son existence, doit désormais circuler comme un billet de banque. Véritable monnaie commerciale, les services qu'elle est destinée à rendre dans l'avenir sont incalculables et ne peuvent être comparés qu'à ceux que rendit jadis la monnaie métallique. En supprimant de la traite la théorie de la provision, on brise les chaînes qui entravent encore son essor.

Il est tellement exact que la question de la provision est un obstacle à la libre circulation de la lettre de change que c'est elle qui a toujours empêché l'unification du droit cambiaire.

Malgré l'aphorisme de Montesquieu : « Les lois doivent être tellement propres aux pays pour lesquels elles ont été faites que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre », il n'est pas besoin d'insister sur l'utilité que présente l'unification internationale des règles qui régissent le droit du change. Intimement mêlée à la vie des affaires, la lettre de change est plus que jamais

appelée à circuler d'un pays dans un autre, l'accroissement des facilités de transport augmentant l'intensité du commerce international. Or, que de difficultés à résoudre, provoquées par la diversité des règles adoptées par les différents pays. Dans le but de remédier à ces inconvénients, de nombreuses conférences internationales se sont réunies pour tenter d'unifier la législation cambiaire (2). Au cours des discussions, la conception française et la conception allemande de la lettre de change ne tardèrent pas à s'affronter précisément sur la fameuse question de la provision, et jusqu'à ce jour le problème est resté sans solution.

Pour toutes ces raisons, il y a le plus grand intérêt à prendre un parti énergique : supprimer de la lettre de change la théorie de la provision (3).

III. — Si l'attribution de la provision ne parvient pas toujours à procurer au porteur le paiement intégral de la lettre de change, on ne peut disconvenir, cependant, que cette attribution constitue une garantie en sa faveur et qu'il est dans une situation meilleure que si elle n'existait pas. De ce qu'une sûreté peut parfois se révéler inefficace, on ne saurait pour cela conclure à sa suppression. N'arrive-t-il pas, parfois, que des créanciers privilégiés et même des

(2) Nous citons ci-après, à titre documentaire, les diverses conférences qui ont été réunies pour l'unification du droit du change : Nederlandsche Juristen-Vereeniging (1880); Congrès juridique de Lima (1881); Congrès international de droit commercial d'Anvers (1885-1888-1895); Congrès de droit international de Montevideo (1889); Congrès international du commerce et de l'industrie (Paris 1889); Congrès de Rio de Janeiro (1900); Congrès international de droit comparé (Paris, 1900); Congrès internationaux des Chambres de commerce (1903-1906-1908); Congrès de l'International Law Association (1908); Conférences de La Haye (1910-1912); Conférence de Bruxelles (1920); Congrès de la Chambre de commerce internationale (Bruxelles 1925 et Stockholm 1927).

(3) V. Patey, *De la provision en matière de lettres de change et de chèques*, p. 112, et Haour, *De la provision dans les effets de commerce*, p. 198.

créanciers hypothécaires ne retirent aucun avantage pécuniaire des garanties pourtant énergiques qu'ils possèdent; ira-t-on pour cela proposer la suppression pure et simple du privilège ou de l'hypothèque ? On ne peut méconnaître que la plupart du temps le porteur de lettre de change tire avantage de l'attribution de la provision : nous l'avons démontré précédemment.

Est-il, en second lieu, absolument exact de prétendre que la provision n'est pas prise en considération dans la pratique et que seules les signatures figurant sur la traite ont une importance effective sur sa circulation ? Nous ne le croyons pas. Bien que rien ne révèle extérieurement l'existence de la provision, dans la majorité des cas cette provision existe ou existera à l'échéance. Or, cette perspective est de nature à influencer favorablement la circulation des lettres de change : le banquier ou le commerçant qui va acquérir une traite sait qu'il y a de grandes chances pour que cette traite soit munie d'une provision qui lui est automatiquement attribuée. Cette provision, actuelle ou éventuelle, accroît de toute manière le crédit dont bénéficie l'effet. Au surplus, cette considération attachée — inconsciemment peut-être, mais sûrement, croyons-nous — à la provision, ne peut qu'être augmentée depuis la loi du 8 février 1922 qui consacre l'endossement en blanc. En faisant disparaître de la lettre de change la multitude de signatures qui la couvrait jadis, en l'assimilant autant qu'il est possible à un titre au porteur, le législateur a diminué par là même la garantie résultant de la solvabilité des signataires successifs et augmenté, par un contre-coup inévitable, l'importance de la provision.

En ce qui concerne maintenant la théorie allemande de la lettre de change, nous avons vu précédemment qu'il

convenait de garder une juste mesure. Si la provision ne figure pas officiellement dans le droit du change, elle a sa place dans le droit commun et elle apparaît même dans la législation cambiaire avec l'action d'enrichissement. D'ailleurs, quel est l'effet généralement attribué à la conception allemande ? Elle tend à transformer la lettre de change en une véritable monnaie de papier, en un billet de banque. Mais alors c'est le moment de rappeler — car on paraît l'avoir oublié — ce qu'est un billet de banque. Le billet de banque n'est pas seulement un carré de papier revêtu de signatures, mais il est aussi le signe représentatif d'une certaine quantité de monnaie métallique ou de valeurs détenues par la banque émettrice. Au crédit attaché aux signatures apposées sur le billet et à la confiance dont bénéficie l'établissement émetteur doit s'ajouter un élément plus matériel : l'existence, dans une proportion déterminée, d'une couverture. Ce n'est qu'à cette condition que le billet de banque est une monnaie de papier; que la couverture disparaisse et la monnaie de papier se changera en papier monnaie, ce qui n'est plus la même chose. Le souvenir d'événements récents est là pour attester l'importance que tout le monde attache à la couverture des billets de banque en circulation : que cette couverture soit gravement menacée ou réduite à de trop faibles proportions et la panique n'est pas loin. Or, si l'on veut assimiler la lettre de change à un billet de banque, il faut que, comme lui, elle ait sa couverture, et, dans l'espèce, la couverture, c'est la provision.

On voit donc que même en adoptant la conception la plus moderne de la traite, on revient encore à la provision, malgré tout le désir qu'on peut avoir de l'ignorer.

Est-il possible d'ailleurs de supprimer de la lettre de

change la théorie de la provision, sans altérer sa qualité juridique ? Il est permis d'en douter. La lettre de change suppose, en effet, pour fonctionner normalement, le concours de trois personnes au moins : le tireur, le tiré et le preneur. L'intervention du tiré dans la traite dépend étroitement de la provision, car, dans la presque totalité des cas, le tiré ne donnera pas son acceptation et ne paiera pas s'il n'a pas provision ou tout au moins s'il n'a pas espoir de devenir débiteur du tireur. Supprimer la provision de la traite, c'est tendre par là même à supprimer le rôle du tiré. Désormais, tout se passera entre le tireur et le preneur et la lettre de change ressemblera étrangement au billet à ordre.

C'est donc logiquement l'assimilation de la lettre de change au billet à ordre que doit réaliser la suppression de la provision. Certains pays, qui ont délaissé la provision, l'ont compris et ne font pas de différence entre ces deux effets de commerce.

Enfin, la provision est-elle entièrement responsable de l'échec des Conférences internationales, qui se sont efforcées de réaliser l'unification du droit du change ?

Ici encore il convient d'apporter des précisions. Il est exact que le problème de la provision complique la tâche de ceux qui travaillent à cette unification. Ce problème a été justement qualifié « d'irritant », car les divergences qui se sont manifestées à son sujet paraissent irréductibles.

Mais diplomates et juristes ont trop de souplesse d'esprit pour se laisser arrêter par une difficulté ; au surplus, ne sont-ils pas, par profession, désignés pour trancher les problèmes les plus délicats ?

Une solution, dont l'ingéniosité ne manquerait pas d'amener un sourire de satisfaction sur les lèvres d'un

juriste de Byzance ou d'un légiste du moyen âge, a été trouvée; elle a reçu une approbation unanime : le problème de la provision a été laissé de côté, en dehors des discussions. Et c'était là, d'ailleurs, le meilleur parti à prendre. L'article 14 du Projet de Convention sur l'unification du droit relatif à la lettre de change et au billet à ordre, approuvé par la Conférence de La Haye de 1912, indique, en effet, que « la question de savoir si le tireur est obligé de fournir provision à l'échéance et si le porteur a des droits spéciaux sur cette provision reste en dehors du Règlement et de la présente Convention. »

A l'heure actuelle, le problème de l'unification du droit du change paraît entrer dans une phase décisive. Il a été, depuis la Guerre, soumis à l'examen de la Société des Nations; quatre jurisconsultes ont présenté des rapports sur la question en 1923. En 1927 et 1928, un Comité de huit experts reçut mission d'élaborer des textes destinés à servir de base de discussion lors d'une prochaine Conférence internationale, et il y a tout lieu de croire qu'un accord parviendra à se réaliser sur les points essentiels de la législation cambiaire (4).

Cependant, comme en 1912, la question de la provision est demeurée en dehors du projet de règlement interna-

(4) Les efforts actuels portent principalement sur l'unification aussi complète que possible du droit du change entre les nations du groupe dit continental et l'adoption de règles uniformes pour la solution des conflits de lois.

Le projet de règlement uniforme en matière de lettre de change et de billet à ordre vise les points suivants : Rédaction et conditions de forme; Conditions de transmission (Formes et effets de l'endossement); Acceptation de la lettre de change; Aval; Extinction des obligations de change.

V. pour de plus amples détails un article de M. A. Chéron, *Vers l'unification du droit du change* (*Annales de Droit commercial*, n° de janvier-mars 1929, p. 5 et s.).

tional, les experts ayant estimé qu'elle n'était pas en état de recevoir actuellement une solution unitaire ⁽⁵⁾.

On peut donc constater que le problème de la provision n'entrave pas les tentatives d'unification du droit du change, au moins sur les points principaux ⁽⁶⁾.

D'ailleurs, est-ce que les considérations d'ordre international doivent seules nous guider dans ce débat ? Nous ne le croyons pas. Aussi respectable que soit le désir d'arriver à doter les peuples de lois communes, il ne doit pas faire perdre de vue l'intérêt de chaque nation particulière.

C'est cette raison, à laquelle s'ajoutent tous les arguments qui viennent d'être développés, qui nous décide à prendre nettement parti en faveur de l'attribution de la provision au porteur.

(5) Délibérations du Comité d'experts juristes en matière de lettres de change et de chèques de la Société des Nations (1928). Projet de Règlement concernant la lettre de change et le billet à ordre. — Observation sous l'article 52 : « La question de savoir si le tireur est obligé de fournir provision à l'échéance et si le porteur a des droits spéciaux sur cette provision est laissée en dehors des présentes propositions... Les conceptions juridiques concernant la provision étant souvent différentes selon les pays, il n'a d'ailleurs pas semblé possible de régler les conséquences découlant de ces conceptions différentes dans un texte acceptable par tous, et c'est pourquoi les conflits de lois qui peuvent en résulter sont traités dans le projet de convention consacré à cette matière. » L'article 6 du projet de convention, consacré à la transmission de la provision, décide : « La loi du pays où la lettre de change est payable détermine si le bénéficiaire et les porteurs successifs ont des droits spéciaux sur la provision et quelle est la nature de ceux-ci. » Une observation sous cet article indique : « En formulant cette règle, les experts se sont inspirés de la nécessité impérieuse, suivant eux, d'assurer à la lettre de change le crédit le plus sérieux. Ils estiment que ce but est atteint en choisissant la loi du pays où la lettre de change est payable. En effet, de cette manière, dès l'origine de sa création, tous les intéressés savent quelle est la loi qui sera applicable, et ils peuvent, en conséquence, s'enquérir des effets qu'elle peut comporter quant à la transmission de la provision. » (*Dossier relatif à l'unification des dispositions législatives concernant la lettre de change et le billet à ordre*, par Cesare Tumedei, Office de législation commerciale de l'Institut international du commerce, Bruxelles, 1929.)

(6) V. sur cette question de l'unification l'important travail de M. Franssens, *Les perspectives de l'unification du droit du change depuis 1910*, thèse Paris, 1929.

La théorie de la provision est intimement liée, en France, à la lettre de change, et les hommes d'affaires français sont très attachés à la provision. Qu'on le regrette ou qu'on l'approuve, c'est un fait avec lequel il faut compter. L'intervention du législateur, sanctionnant l'attribution de la provision au porteur, démontre que l'état d'esprit français n'est pas près de se modifier. Or, en matière commerciale, c'est la pratique qui doit guider le jurisconsulte. Le commerce repose essentiellement sur le crédit, sur la confiance; s'il tient à la provision, pourquoi vouloir la supprimer ?

La conception allemande de la lettre de change, trop vantée peut-être à son apparition, soulève, on l'a vu, de sérieuses objections et en arrive finalement à reconnaître la nécessité de la provision.

Si la provision doit demeurer à la base de la lettre de change, son attribution au porteur doit être approuvée dans le principe, car cette attribution est pleinement justifiable du point de vue juridique.

Toutefois la mise en œuvre du principe, la loi du 8 février 1922, qu'un Romain n'eût pas manqué de qualifier d'*imperfecta*, mérite des réserves, que nous avons formulées plus haut et que nous souhaitons voir un jour prises en considération par le législateur.

On nous reprochera, peut-être, de manquer d'esprit international et de défendre avec trop d'énergie l'œuvre des hommes de loi français qui ont forgé la théorie de la propriété de la provision. Nous nous permettons d'indiquer que ce reproche, même s'il était mérité, ne nous blesserait pas, parce que nous en partagerions le poids avec d'excellents esprits⁽⁷⁾ et aussi parce que nous avons conscience

(7) V. notamment Thaller, *De la nécessité en droit comparé d'étudier les doctrines juridiques et nationales des institutions; application à la lettre*

d'avoir placé la discussion sur le seul terrain de la science juridique.

Quel que soit l'avis de notre lecteur, nous le prions de croire que notre opinion est sincère; elle constitue le développement logique, et sans doute pressenti, de l'étude que nous avons entreprise. Nous nous estimerons largement récompensé de nos efforts si les aperçus donnés au cours de ce travail contribuent à jeter quelque clarté nouvelle sur le problème délicat — et souvent austère — de la propriété de la provision en matière de lettre de change.

de change (Bulletin de la Société de législation comparée, 1899-1900, p. 788) : « ... Entre le système allemand et le système français règne une opposition irréductible. Les Allemands ont frappé cette institution au coin de leur génie métaphysique. Ils ont eu la bonne fortune de convaincre de la supériorité de leur système... des peuples qui paraissaient plutôt, autrefois, réfractaires à leur influence, les Italiens par exemple. Mais ce qu'on peut affirmer, c'est que leur doctrine du change ne s'implantera pas chez nous. Il n'est pas besoin d'être prophète pour avoir l'impression nette de cette résistance de l'esprit latin aux constructions germaniques de l'effet de commerce. Nous n'usons d'aucun parti pris, beaucoup de choses viennent d'Allemagne, et nous les trouvons bonnes à prendre, nous rendons justice au talent de ceux qui ont imaginé ces explications. Mais nous n'en voulons pas pour nous-mêmes, parce qu'elles révolutionnent la manière dont nous envisageons le droit et dont nous le discutons; nous cesserions d'être nous-mêmes le jour où nous aurions ces idées et où nous parlerions cette langue. »

VU, BON A IMPRIMER :

Vu : *Le Doyen,*

Le Président.

J.-G. FERRON.

J.-G. FERRON.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Bordeaux, le 20 février 1930.

Le Recteur de l'Académie,

F. DUMAS.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES ET ARTICLES

- ABD EL FATTAH EL SAYED BEY et Marc DESSERTAUX. — *Traité théorique et pratique des effets de commerce en droit égyptien*. Dijon, 1928.
- ADATTO. — *De la propriété de la provision en matière de lettre de change*. Thèse Paris, 1922.
- ALAUZET. — *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, 2^e éd., 7 vol. Paris, 1868-1871.
- AUDIBERT. — *Essai sur la nature juridique de la séparation des patrimoines*. Thèse Montpellier, 1927.
- BAICOIANU. — *De la provision en matière de lettre de change et de chèque*. Thèse Paris, 1906.
- BALLEYDIER. — *Des privilèges sur les créances et de leurs effets*. *Rev. crit. de légis. et de jurispr.*, 1886, p. 415, 523, 568.
- BARATGIN. — *Des effets de l'attribution à l'un des cohéritiers du prix d'adjudication d'un immeuble héréditaire à l'égard des créanciers ayant hypothèque sur cet immeuble du chef d'un autre héritier*. Thèse Paris, 1909.
- BARCLAY et DAINVILLE. — *Des effets de commerce dans le droit anglais*. Paris, 1885.
- BAUDRY-LACANTINIERE ET SES COLLABORATEURS. — *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 3^e édit., 29 vol. Sirey, 1907-1909.
- BÉGOUEN. — *De la lettre de change*. Thèse Caen, 1880.
- BÉGUELIN. — *De la revision du droit du change en Suisse*. *Verhandlungen des schweizerischen Juristentages*, 1904.
- BELGUISE. — *Les innovations de la loi du 12 août 1926 en matière de chèque*. Thèse Paris, 1928.
- BENTÉJAC. — *De la provision dans la lettre de change*. Thèse Bordeaux, 1884.

BOISTEL. — Précis de Droit commercial, 2^e éd., 1878.

BONNECASE. — Traité de Droit commercial maritime. Sirey, 1922.

— Supplément au Traité de Droit civil de Baudry-Lacantinerie et ses collaborateurs. Tomes III (Sirey, 1926) et V (Sirey, 1929).

— La condition juridique du créancier chirographaire. Sa qualité d'ayant cause à titre particulier. *Rev. trimestr. de Droit civil*, année 1920, p. 103 et s.

— La vente caf et la vente par navire désigné révèlent-elles dans leur fonctionnement une nature spécifique essentiellement différente ? « Le Port de Dunkerque », *Rev. écon. du Nord-Est de la France*, n° du 3 mars 1924.

BOURCART. — Etude sur la provision dans les billets à ordre. *Bull. du Comité des trav. hist. et scient.*, 1901.

— Les répercussions de la loi du 8 février 1922. *Ann. de Droit comm.*, 1923, p. 173.

BOUTERON. — De l'unification du droit relatif à la lettre de change et au billet à ordre. Thèse Paris, 1912.

— La législation polonaise sur la lettre de change et le chèque, par Kuratow-Kuratowski, 1923.

BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT. — Traité de Droit commercial, 2^e éd., 6 vol. Paris, 1888-1892.

BRÈTHE. — Théorie juridique des titres à ordre. *Rev. trimestr. de Droit civil*, 1926, p. 637 et s.

CAPITANT. — De la cause des obligations. Dalloz, 1923.

CAZELLES. — De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles. Thèse Paris, 1903.

CHÉRON. — De l'irrévocabilité du chèque. D. H., 16 févr. 1928.

— Vers l'unification du droit du change. *Ann. de Droit comm.*, janvier-mars 1929, p. 3 et s., et avril-juin, p. 133 et s.

CHOTARD. — De la nature et des formes de la lettre de change dans le droit français et dans les principales législations étrangères. Thèse Paris, 1887.

Claude NAULOT. — Nouveau traité des changes étrangers. Publié dans le tome I des Œuvres de J. Savary, Paris, 1763.

COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de Droit civil français, 4^e éd., 3 vol. Dalloz, 1923-1925.

COSACK. — Traité de Droit commercial. Trad. Mis. 2 vol., Paris, 1904-1905.

CUCHE. — Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution. Paris, 1913.

DANJON. — Traité de Droit maritime, 6 vol. Paris, 1910-1916.

- DERRAY. — Privilèges sur les créances et actions directes. Thèse Paris, 1928.
- DELALANDE. — L'usufruit d'un fonds de commerce. Thèse Bordeaux, 1922.
- DELAMARRE et LE POITVIN. — Traité théorique et pratique de Droit commercial, nouv. éd., 6 vol. Paris, 1861.
- DELOYE. — Des modifications apportées par la loi du 12 août 1926 à la législation sur le chèque. Thèse Paris, 1928.
- DROUETS. — La provision en matière de chèque. Etude de la doctrine et de la jurisprudence française, 1924.
- DUPUIS DE LA SERRA. — L'art des lettres de change. Publié dans le tome I des Œuvres de J. Savary, post p. 760. Paris, 1763.
- EINERT. — Das Wechselrecht nach dem Bedürfniss des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert. Leipzig, 1839.
- ESMEIN (P.). — Etude sur le régime juridique des titres à ordre et au porteur et en particulier l'inopposabilité des exceptions. *Rev. trimestr. de Droit civil*, année 1924, p. 6 et s.
- FENET. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, 13 vol. Paris, 1827-1837.
- FONTAINE. — Etudes sur la lettre de change. 1^{re} étude : La loi belge du 20 mai 1872 au regard de la théorie de la cession de la provision et de l'unification internationale. Recueil de travaux publiés par la Faculté de Droit de l'Université de Gand, Gand, 1922.
- FRANSSSENS. — Les perspectives de l'unification du droit du change depuis 1910. Thèse Paris, 1929.
- FRÉMERY. — Etudes de Droit commercial. Paris, 1833.
- GAUBERT. — Les ventes maritimes. Thèse Aix, 1912.
- GHELMEGEANU. — Essai sur une théorie générale des effets de commerce en droit français. Thèse Paris, 1922.
- GIDE (Paul). — Etudes sur la novation et le transport des créances. Paris, 1879.
- GRÜNHUT. — Wechselrecht. Collection Binding. Leipzig, 1897.
- HAOUR. — De la provision dans les effets de commerce. Thèse Montpellier, 1919.
- HEINECCIUS. — Opera. T. II : De vitiis negotiationis collybisticae vel cambialis. T. VII : Elementa juris cambialis. Genève, 1769.
- HÉMAR. — Des effets de complaisance. Thèse Paris, 1900.
- HERVÉ. — De l'acceptation des lettres de change. Thèse Strasbourg, 1849.
- HUBERT. — Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français. Thèse Poitiers, 1899.

- HUG. — Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances, 2 vol. Paris, 1891.
- JANNE. — L'unification internationale des lois sur les effets de commerce. Le rapport des experts juristes de la Société des Nations du 16 avril 1928. *Rev. de Droit intern. et de législ. comp.*, année 1929, n° 1, p. 52.
- JOSSERAND. — Cours de Droit civil positif français, t. I. Sirey, 1930.
- JOUSSE. — Nouveau commentaire sur l'Ordonnance du commerce du mois de mars 1673. Marseille, 1802.
- KLUYSKENS. — La provision dans la lettre de change. *Rev. de Droit intern.*, 1922, p. 480.
- LABBÉ. — Des privilèges spéciaux sur les créances. *Rev. crit.*, 1876, t. V, p. 571 et 665.
- LABORDE-LACOSTE. — Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français. Thèse Bordeaux, 1916.
- LACOUR et BOUTERON. — Précis de Droit commercial, 2 vol. Paris, 1924.
- LADENBURG. — Internationales Wechselrecht; Die Deckung. *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1883, t. VII.
- LA LUMIA. — La tratta non accettabile con vincolo speciale della provvista. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1914, I, p. 78.
- LESAGE. — Des conséquences de la faillite relatives à la lettre de change. Thèse Paris, 1894.
- LOCRÉ. — La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou Commentaire et complément des codes français, 31 vol. Paris, 1827-1832.
- Esprit du Code de commerce, 10 vol. Paris, 1811-1813.
- LYON-CAEN et RENAUT. — Traité de Droit commercial, 4^e éd., 8 vol. Paris, 1906-1916.
- MAFFRE. — La provision en matière de chèque. Etude de jurisprudence et de doctrine. Thèse Toulouse, 1925.
- MARQUARD. — Tractatus politico-juridicus de jure mercatorum et commerciorum singulari. Francfort, 1662.
- MASSÉ. — Le Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil. 3^e éd., 4 vol. Paris, 1874.
- MEYER. — Das Weltwechselrecht, 2 vol. Leipzig, 1909. T. I : Die geltenden Wechselrechte in vergleichender Darstellung.
- Loi universelle sur le change. Des différentes législations qui régissent actuellement les effets de commerce et de leur unification. Berlin, 1906.
- MONTESQUIEU. — Esprit des lois. T. II de l'édition des « Œuvres », 3 vol. Paris, 1796.

- NAMUR. — Commentaire du titre VIII, livre I, du nouveau Code de commerce belge (L. 20 mai 1872) relatif aux lettres de change et aux billets à ordre. Bruxelles, 1873.
- NOUGUIER. — Des lettres de change et des effets de commerce, 2^e éd., 2 vol. Paris, 1881.
- NYSENS et DE BAETS. — Commentaire législatif du Code de commerce belge. Bruxelles, 1883.
- OCTAVIO. — La nouvelle loi brésilienne sur la lettre de change. *Nouv. rev. prat. de droit intern. privé*, 1910.
- OSIAS. — L'acte abstrait en droit comparé. Thèse Paris, 1924.
- PARDESSUS. — Cours de Droit commercial, 6^e éd., 4 vol. Paris, 1886.
— Traité du contrat et des lettres de change, des billets à ordre et autres effets de commerce, 2 vol. Paris, 1809.
- PATEY. — De la provision en matière de lettres de change et de chèques. Thèse Paris, 1903.
- PERROUD. — Les effets de complaisance. *Ann. de Droit comm.*, 1906, p. 1 et s.
- PIETRARU. — De la provision en matière de lettre de change dans le droit français et dans les principales législations étrangères. Thèse Paris, 1899.
- PLANIOL. — Traité élémentaire de Droit civil, 7^e éd., 3 vol. Paris, 1916-1918.
- PLANIOL et RIPERT. — Traité élémentaire de Droit civil, 10^e éd., 3 vol. Paris, 1928-1927.
— Traité pratique de Droit civil français, 12 vol. parus. Paris, 1928-1927.
- POTHIER. — Traité du contrat de change. Nouvelle édition des Œuvres complètes, t. V, Paris, 1821.
- POTU. — La lettre de change au point de vue historique, juridique, économique et en droit constitutionnel. Unification du droit relatif à la lettre de change. Thèse Dijon, 1914.
- RAPHAËL DE TURRI. — Tractatus de cambiis. Francfort, 1648.
- RIGAUD. — Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle. Thèse Toulouse, 1912.
- SALEILLES. — Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand. Paris, 1890.
- SAVARY. — Œuvres (Le Parfait Négociant, Parères). Nouvelle édition, 2 vol. Paris, 1763.
- SCACCIA. — Tractatus de commerciis et cambio. Coloniae, 1738.
- SORANI. — Della cambiale e dell' assegno bancario. Rome, 1896.
- STRACCHA. — De mercatura. Amstelodami, 1669.

- THALLER. — *Traité élémentaire de Droit commercial*, 5^e éd., revue et mise à jour avec le concours de J. Percerou. Paris, 1916.
- *Traité général théorique et pratique de Droit commercial. Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, par J. Percerou, 2 vol. Paris, 1907-1913.
- De la nécessité, en droit comparé, d'étudier les doctrines juridiques et nationales des institutions (Documents relatifs au Congrès international de droit comparé). *Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 1900, p. 785 et s.
- De la nature juridique du titre de crédit. *Ann. de Droit comm.*, 1906, p. 5, 110, et 1907, p. 5, 97.
- THALLER et PERCEROU. — *Traité de Droit commercial*, 6^e éd., Paris, 1922.
- TOUZAUD. — *Des effets de commerce*. Paris, 1882.
- TRASBOT. — De la contre-passation des effets de commerce entrés en compte courant en cas de faillite ou de liquidation judiciaire du remettant et de l'attribution des effets ainsi contre-passés. *Ann. de Droit comm.*, 1927, p. 285 et s.
- TROULLIER. — *La lettre de change instrument de crédit en droit français et en droit étranger*. Thèse Paris, 1908.
- Documents pour servir à l'histoire de l'évolution des effets de commerce et notamment de la lettre de change. Sirey, 1912.
- TUMEDEI (Cesare). — Dossier relatif à l'unification des dispositions législatives concernant la lettre de change et le billet à ordre. Office de législation commerciale de l'Institut international du commerce, Bruxelles, 1929.
- VIDARI. — *La lettera di cambio*. Firenze, 1869.
- *Corso di diritto commerciale*, 6 vol. Milano, 1877-1884.
- VIVANTE. — *Traité de Droit commercial*. Trad. Escarra, 4 vol. Paris, 1911-1912.
- L'autonomie du droit du commerce et les projets de réforme. *Ann. de Droit comm.*, 1923, p. 263 et s.
- VON CANSTEIN. — *Check, Wechsel und deren Deckung*. Extrait de l'*Archiv. für bürgerliches Recht*, t. IV, 1890.
- WAHL. — *Précis théorique et pratique de Droit commercial*. Sirey, 1921.
- WILLISTON. — *The law of contracts*. New-York, 1920.
- WITENBERG. — *Les lois polonaises sur la lettre de change, le billet à ordre et le chèque*. Sirey, 1925.
- ZIMBOUKIS. — *Le blocage de la provision en matière de chèque*. Thèse Paris, 1923.

TEXTES LEGISLATIFS, REPERTOIRES ET PERIODIQUES

Annales de Droit commercial et industriel français, étranger et international, Paris.

Annuaire de législation étrangère, Paris.

Bulletin du Comité des travaux historiques et scientifiques, Paris.

Bulletin de la Société de législation comparée, Paris.

Code de commerce allemand et loi allemande sur le change. Traduits et annotés par GIDE, FLACH, LYON-CAEN, DIETZ, Paris, 1881.

Codes égyptiens, collection, Le Caire, 1884.

Codes égyptiens et lois en vigueur en Egypte, par WATHELET et BRUNTON, Bruxelles, 1919.

Code de commerce du royaume d'Italie. Traduction H. MARCY, Nice, 1883.

Projet de nouveau Code de commerce. Lavori preparatori. Delega al Governo per emendamenti al codice civile e per la pubblicazione dei nuovi codici di procedura civile, di commercio e per la marina mercantile. Ministero della Giustizia e degli affari di Culto. Roma, 1925.

Code de commerce de Roumanie. Traduction G. BLUMENTHAL, Paris, 1889.

Code de commerce turc, éd. Rizzo, Constantinople.

Code fédéral suisse des obligations et loi fédérale sur la capacité civile, Lausanne, 1881.

Code pénal, annoté par GARÇON, 2 vol., Sirey, 1901-1912.

DALLOZ. — *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 44 vol., Paris, 1846-1864.

— *Supplément au Répertoire*, 19 vol., Paris, 1887-1897.

— *Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 12 vol., Paris, 1910-1925.

— *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine*, Paris.

— *Recueil hebdomadaire de jurisprudence*, Paris.

Dictionnaire de droit commercial, industriel et maritime, par RUBEN DE COUDER, 6 vol., Paris, 1877-1881.

Gazette du Palais.

Journal des arrêts de la Cour d'appel de Bordeaux, en matière civile et commerciale, Bordeaux.

Journal La Loi.

Journal Le Droit.

François

Les lois commerciales de l'univers. Recueil comprenant l'ensemble des textes relatifs au Droit commercial, avec des références au Droit civil, aux lois d'organisation judiciaire et à la procédure, par MM. LYON-CAEN, CARPENTIER et DAGUIN, 37 vol., Paris.

Pasicrisie belge. Recueil de la jurisprudence des cours et des tribunaux de Belgique, Bruxelles.

Recueil de la Gazette des tribunaux, Journal de jurisprudence et des débats judiciaires, Paris.

Recueil de jurisprudence commerciale et maritime du Havre.

Recueil des décisions notables rendues par le Tribunal de commerce de Marseille.

Revue critique de législation et de jurisprudence, Paris.

Revue mensuelle de jurisprudence commerciale et maritime de Nantes.

Revue trimestrielle de Droit civil, Paris.

Revue de Droit international et de législation comparée, Bruxelles.

Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, Milano.

SIREY. — *Recueil général des lois et des arrêts,* Paris.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	3

PREMIÈRE PARTIE

La notion de provision. Son évolution.

Sa nature juridique.

CHAPITRE PREMIER. — <i>La provision avant l'Ordonnance de 1673</i>	15
CHAPITRE II. — <i>La provision dans l'Ordonnance de 1673</i>	24
CHAPITRE III. — <i>La provision dans le Code de commerce</i>	32
CHAPITRE IV. — <i>La provision après le Code de commerce</i>	37
<i>Section I.</i> — Diverses conceptions de la provision dans la doctrine et la jurisprudence.	37
<i>Section II.</i> — Ce qu'est en réalité la provision.....	48
<i>Section III.</i> — Distinction entre la provision, la couverture, la somme à payer et la valeur fournie.	54
§ 1. — La provision et la couverture.....	54
§ 2. — La provision et la somme à payer.....	56
3. — La provision et la valeur fournie.....	58

DEUXIÈME PARTIE

Le problème de l'attribution de la provision.

CHAPITRE PREMIER. — <i>Raisons qui ont provoqué l'attribution de la provision au porteur</i>	74
CHAPITRE II. — <i>Étude pratique du droit du porteur sur la provision</i>	81
<i>Section I.</i> — Quand le porteur a-t-il droit à la provision?... ..	81
<i>Section II.</i> — Conséquences générales du droit reconnu au porteur sur la provision.	88
§ 1. — Rapports entre le porteur et le tireur ou ses créanciers.....	88
§ 2. — Rapports entre le porteur et le tiré ou ses créanciers.....	91
§ 3. — Rapports entre le porteur et les créanciers du tireur et du tiré.....	107

	Pages
<i>Section III. — Conséquences du droit reconnu au porteur sur la provision dans quelques cas particuliers.....</i>	108
§ 1. — Provision ayant pour base des marchandises.....	109
§ 2. — Provision assortie de garanties accessoires.....	118
§ 3. — Provision partielle.	122
§ 4. — Provision faite en période suspecte.....	130
§ 5. — Provision réalisée après l'échéance.....	134
§ 6. — Provision et compte courant.....	136
§ 7. — Provision et ouverture de crédit.....	144
§ 8. — Provision et effets de complaisance.....	145

TROISIÈME PARTIE

Justification théorique du droit du porteur sur la provision.

<i>CHAPITRE PREMIER. — Essais de justification théorique du droit du porteur par la technique de la lettre de change.....</i>	153
<i>Section I. — Théorie de la délégation</i>	156
<i>Section II. — Théorie de la cession de créance.....</i>	165
<i>CHAPITRE II. — Détermination de la situation juridique du porteur. Sa qualité de créancier chirographaire à gage individualisé.....</i>	182
<i>Section I. — Le porteur de la lettre de change n'est ni un véritable propriétaire ni un créancier privilégié au regard de la provision. C'est un créancier muni d'une garantie particulière.....</i>	183
<i>Section II. — Étude de diverses situations où un simple créancier chirographaire possède un droit plus ou moins étendu sur un élément du patrimoine de son débiteur.....</i>	193
§ 1. — Droit du porteur de chèque sur la provision	193
§ 2. — Droit du créancier chirographaire de l'armateur sur le navire et du créancier chirographaire du commerçant sur le fonds de commerce.....	194
§ 3. — Droit conféré par le dessaisissement à la masse des créanciers sur les biens du failli et droit du créancier saisissant sur l'immeuble saisi	197
§ 4. — Droit de rétention	202
§ 5. — Droit de la femme dotale sur les paraphernaux représentant des valeurs dotales	207
§ 6. — Droit du preneur sur la chose louée dans le cas de vente de l'immeuble	207

	Pages
§ 7. — Droit du cohéritier sur le prix d'adjudication d'un immeuble héréditaire qui lui est attribué.....	208
§ 8. — Droit de préférence appartenant au donataire d'une somme d'argent payable au décès du donateur vis-à- vis des donataires postérieurs.....	210
§ 9. — Droit résultant de la compensation au profit du créancier vis-à-vis de qui elle s'opère et de la sépara- tion des patrimoines au profit des créanciers sépara- tistes.....	213
Section III. — Comment un créancier chirographaire peut posséder un droit sur un élément du patrimoine de son débitéur : la notion de créance chirographaire à gage spé- cialisé.....	217

QUATRIÈME PARTIE

Les diverses solutions légales du problème de l'attribution de la provision.

CHAPITRE PREMIER. — <i>Le système français de la loi du 8 février 1922.</i>	232
CHAPITRE II. — <i>Les différents systèmes étrangers</i>	249
Section I. — Groupe français	250
Section II. — Groupe allemand	260
Section III. — Groupe anglo-américain	281
CONCLUSION.....	287
BIBLIOGRAPHIE	299



BORDEAUX

IMPRIMERIE Y. GADORET

3 Place Saint-Christoly, 3